

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho Penal**



**TESIS DOCTORAL**

**Blanqueo de capitales y financiación del terrorismo**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**William Terra de Oliveira**

Directores

**M<sup>a</sup> Pilar Mirat Hernández  
Juan Carlos Ferré Olivé**

**Madrid, 2017**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**



**UNIVERSIDAD  
COMPLUTENSE  
MADRID**

**BLANQUEO DE CAPITALES Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO**

**TESIS DOCTORAL DE:**

**WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA**

**BAJO LA DIRECCIÓN DE:**

**M<sup>a</sup> PILAR MIRAT HERNÁNDEZ**

**JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ**

**Madrid – enero de 2016**

Esta tesis la dedico a Joyce Gurgel Terra.  
Una vida entera ha sido poca para el amor  
que hay en mi corazón.

Su existencia me ha conducido hasta aquí, y  
por ello siempre estaré agradecido.

A Daniel Gurgel Terra, mi hijo y mejor  
amigo.

A Ana Maria Gurgel Terra, una niña que es  
un regalo divino de amor en nuestras vidas.

## AGRADECIMIENTOS

Agradecer es reconocer las virtudes de quien ha tenido la generosidad de arropar nuestros sueños, iluminar nuestra mente, alumbrar nuestros caminos y animar el alma en los momentos difíciles.

M<sup>a</sup> Pilar Mirat Hernández, amiga querida, merece mi más profunda consideración y aprecio por su incondicional apoyo.

El querido amigo Juan Carlos Ferré Olivé es un maestro del arte de bien trabajar y enseñar a las personas que todo es posible cuando se lucha por ello.

A ambos mis más sinceros agradecimientos.

Quisiera agradecer el siempre presente cariño y apoyo recibido de los amigos Alexis Augusto Couto de Brito, Antonio Vercher Noguera, Antonio del Moral García, José Luis González Cussac y la querida amiga Carmen Armendáriz León.

Al admirado amigo y maestro Enrique Gimbernat Ordeig, un agradecimiento especial por su consideración y por tantas lecciones de vida y de Derecho.

*“Lo que hacemos en la vida tiene su eco en la eternidad”*

# ÍNDICE

## CAPITULO I – El delito de blanqueo de capitales

1. Introducción.....	18
2. Normativa internacional.....	20
2.1. Normativa de Naciones Unidas .....	25
2.1.1. La Convención de Viena de 1988 .....	26
A. Antecedentes .....	27
B. La elaboración del instrumento .....	28
C. El delito de blanqueo de capitales en la Convención de Viena.....	31
D. Conductas típicas .....	32
E. El aspecto subjetivo .....	34
F. El pragmatismo del instrumento .....	35
G. Cooperación internacional .....	36
H. Personas Jurídicas .....	37
I. Aspectos preventivos .....	38
J. La financiación de conductas ilícitas como elemento típico .....	39
K. Vigencia .....	39
L. Juicio crítico .....	40
2.1.2. La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional..	42
2.1.3. La Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción.....	46
2.1.4. El Programa Mundial contra el Blanqueo de Dinero de las Naciones Unidas.....	48
2.2. Normativa europea.....	53
2.2.1. La Recomendación R80 y las primeras iniciativas .....	53
2.2.2. La Convención del Consejo de Europa sobre el blanqueo de 1990.....	57

2.2.3. La Decisión Marco del Consejo de Europa 2001/500/JAI de 25 de junio de 2001 .....	62
2.2.4. El Convenio de Varsovia de 16 de mayo de 2005 .....	62
2.2.5. El Tratado de Lisboa .....	63
2.2.6. Instrumentos de la Unión Europea: las Directivas .....	64
A) La primera Directiva 91/308/CEE .....	68
B) La segunda Directiva 2001/97/CEE.....	76
C) La tercera Directiva 2005/60/CEE .....	78
D) La nueva Directiva 2015/849 de 20 de mayo de 2015 del Parlamento y del Consejo.....	97
E) Especial referencia sobre la relación entre delito fiscal y blanqueo de capitales.....	133
2.3. Instrumentos y Normativa interamericana .....	181
2.4. Especial referencia al panorama legislativo del blanqueo y estado de la cuestión en Brasil.....	192
2.4.1. Tipicidad del delito de blanqueo de capitales .....	193
2.4.2. Bien jurídico protegido .....	194
2.4.3. Tipicidad objetiva .....	196
2.4.4. Tipicidad subjetiva .....	201
2.4.5. El agente del delito de blanqueo .....	202
2.4.6. El concurso de delitos .....	206
2.4.7. Consumación y clasificación del tipo .....	207
2.4.8. Las conductas típicas equiparadas al blanqueo .....	211
2.4.8.1. Tipicidad objetiva .....	212
2.4.8.2. Tipicidad subjetiva .....	215
2.4.9. Aspectos procesales relacionados al delito de blanqueo de capitales .....	218
2.4.10. Los bienes relacionados con el delito de blanqueo de capitales .....	224
2.4.11. Efectos de la sentencia penal en el ámbito del lavado de dinero .....	230
2.4.12. Los bienes, derechos o valores relacionados con delitos practicados en el extranjero .....	232
2.4.13. Blanqueo en relación con el delito de terrorismo y su financiación .....	236
2.4.14. El blanqueo y sus relaciones con la criminalidad organizada .....	237
3. El GAFI : sus recomendaciones .....	239
3.1. Origen y finalidad del organismo .....	239

3.2. Características principales del organismo .....	240
3.3. Las nuevas Recomendaciones del año 2012 .....	244
3.4. La reciente evaluación de España del año 2014 .....	246
3.5. Perspectivas de futuro .....	262
4. Panorama legislativo del blanqueo y estado de la cuestión en España .....	262
4.1. La normativa anterior a 1995 .....	265
4.2. El Código Penal de 1995 .....	267
4.3. Las reformas posteriores .....	267
4.4. Estado actual de la legislación penal .....	268

## **CAPITULO II – Bien Jurídico y blanqueo de capitales ..... 277**

I. Aspectos generales del bien jurídico: la evolución de la teoría general del bien jurídico y aspectos principales de la materia en la actualidad .....	277
1. La evolución de la materia y principales teorías .....	279
A) Orígenes y desarrollo del debate científico acerca del tema (Teorías constitucionales y Teorías sociológicas) .....	279
B) Tendencias hacia la relativización y la crisis del concepto de bien jurídico.....	315
2. Conclusiones .....	321
II. El bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales .....	340
A) Aproximación al tema .....	340
B) La necesidad de tipificación del blanqueo de capitales .....	345
C) La definición del bien jurídico en el blanqueo de capitales .....	347
D) Los diferentes enfoques acerca del bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales.....	350
E) La ausencia de un interés penalmente protegible .....	351
F) Relaciones del bien jurídico del blanqueo de capitales con el encubrimiento y la receptación .....	353
G) El contexto internacional .....	358
H) La Administración de Justicia como un bien instrumental .....	364

I) Las relaciones del blanqueo frente al delito previo y sus consecuencias sobre la definición del bien jurídico .....	366
J) La Administración de Justicia: significado en el ámbito del bien jurídico .....	369
K) El aspecto pluriofensivo del delito de blanqueo y sus reflejos sobre el bien jurídico protegido.....	379
L) La finalidad de descubrimiento de delitos en el contexto de la definición del bien jurídico del blanqueo de dinero .....	382
M) El decomiso de bienes como un componente político-criminal que influye en la conceptualización del bien jurídico del delito de lavado de dinero .....	383
N) Relaciones entre fines preventivos y el contenido del bien jurídico en esta categoría de delito.....	386
O) La seguridad del Estado: su significancia en el ámbito de protección del bien jurídico del delito de blanqueo de capitales .....	391
P) Consideraciones sobre los aspectos patrimoniales de los delitos y su influencia conceptual en el momento de ubicar y definir el bien jurídico del blanqueo .....	394
Q) Un importante aspecto del mundo de la economía: la libre competencia. Sus relaciones con el bien jurídico del blanqueo de capitales y los delitos socioeconómicos .....	399
R) Los atributos de “estabilidad”, “credibilidad” y “previsibilidad” como componentes esenciales en el ambiente socioeconómico.....	407
S) La “licitud” de los bienes que circulan en la economía: un presupuesto que tiene relevancia para el bien jurídico del blanqueo de capitales .....	411
T) La relevancia del orden socioeconómico como bien jurídico protegido en el blanqueo de capitales.....	413
U) Conclusiones .....	427

### **CAPITULO III – El delito de financiación del terrorismo ..... 441**

1. Aproximación al tema y aspectos conceptuales .....	441
2. Normativa internacional .....	450



2.1. Normativa de Naciones Unidas .....	453
2.1.1. Principales instrumentos universales en materia de terrorismo y su financiación .....	455
2.1.2. La Resolución nº 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas .....	457
2.1.3. El Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo del año 1999.....	462
2.2. Normativa Europea .....	468
2.2.1. Las actividades del Consejo de Europa .....	470
2.2.2. Actividades de la Unión Europea .....	471
2.3. Normativa Interamericana .....	478
3. Las Recomendaciones del GAFI y la evaluación de España ante este organismo .....	478
4. Contexto legislativo y estado de la cuestión en España: el nuevo delito previsto en el art. 576 del Código Penal .....	484
4.1. Evolución legislativa y situación actual del tema .....	484
4.2. La necesidad de incorporación del delito al ordenamiento jurídico-penal español.....	492
4.3. Las características del tipo penal.....	496
4.4. Materia extrapenal.....	506
5. El bien jurídico protegido en el delito de financiación del terrorismo.....	508
6. Problemas concursales: el delito de financiación del terrorismo frente a otros delitos.....	510
7. Especial referencia sobre el delito de financiación del terrorismo frente al delito de blanqueo de capitales.....	511
8. Aspectos criminológicos y de política-criminal.....	519
9. La inseguridad global y el mundo de la economía.....	530
9.1 El sistema financiero y su relación con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (la vertiente económica del terrorismo) .....	530

9.2 La financiación del terrorismo en el ámbito de la ciberseguridad (la criminalidad del futuro). Especial referencia a la ciberfinanciación del terrorismo.....	541
10. Panorama y estado de la cuestión en Brasil.....	558
11. Excurso: análisis jurisprudencial.....	563
Excurso 1): El tratamiento penal de la aportación económica del extorsionado por una organización terrorista.....	563
Excurso 2) : La STS 541/2011, de 2 de junio .....	576

<b>CAPÍTULO IV – APÉNDICE: las 40 nuevas Recomendaciones del GAFI de 2012 (incluidas las nuevas Recomendaciones sobre la Financiación del Terrorismo).....</b>	<b>580</b>
--	------------

<b>CAPÍTULO V- CONCLUSIONES .....</b>	<b>606</b>
---------------------------------------	------------

<b>CAPÍTULO VI – BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>616</b>
--	------------

## **ABREVIATURAS**

AA VV Autores Varios

ADPCP Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

AEB Asociación de Banca Privada

AIDP Asociación Internacional de Derecho Penal

AML Anti-Money Laundering (Prevención de Blanqueo de Capitales)

APG Asia/Pacific Group (Grupo Asia / Pacífico)

art. (arts.) artículo(s)

BIB Bibliografía

BOE Boletín Oficial del Estado

CAAS Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen

Cap(s). Capítulo (s)

CC Código Civil

CCBE Consejos y Colegios de Abogados de la Unión Europea

CE Constitución Española/Comunidad Europea

CEDH Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

CEE Comunidad Económica Europea

CFATF Caribbean Financial Action Task Force (Grupo de Acción Financiera del Caribe)

cfr. Confróntese

CGPJ Consejo General del Poder Judicial

CICAD Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas

cit. citado

Coord. Coordinador

CP Código Penal

CPC Cuadernos de Política Criminal

CPE Código Penal Español

Dir. (Dirs.) Director(es)

DO Diario Oficial

DOCE Diario Oficial de las Comunidades Europeas

Ed. Edición

eds. editores

FBI Federal Bureau of Investigation

FGE Fiscalía General del Estado

FMI (IFM) Fondo Monetario Internacional (International Financial System)

GAFI (FATF) Grupo de Acción Financiera (Financial Action Task Force)

GAFISUD Grupo de Acción Financiera de Sudamérica

GPML Global Programme against Money-Laundering (Programa Mundial contra el Blanqueo de Dinero)

*ibidem* en el mismo lugar

ImoLIN International Money Laundering Information Network (Red Internacional de Información sobre el Blanqueo de Dinero)

LECrim Ley de Enjuiciamiento Criminal

LGT Ley General Tributaria

LMV Ley del Mercado de Valores

LO Ley Orgánica

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial

LSC Ley de Sociedades de Capital

MERCOSUR Mercado Común del Sur

MONEYVAL Council of Europe Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism (Comité de Expertos del Consejo de Europa para la evaluación de las medidas contra el blanqueo de capitales)

O. Orden

OCDE Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico

OEA Organización de Estados Americanos

ONU Organización de las Naciones Unidas

párr. párrafo

pág.(s) página(s)

Res. Resolución

SEPBLAC Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias

ss. siguientes

STC (SSTC) Sentencia(s) del Tribunal Constitucional

StGB Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán)

STS (SSTS) Sentencia(s) del Tribunal Supremo

t. Tomo

TC Tribunal Constitucional

TCE Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

TEDH Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

TJCE Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRACFIN Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits Financiers  
Clandestins

TS Tribunal Supremo

TUE Tratado de la Unión Europea

UE Unión Europea

UIF (FIU) Unidades de Inteligencia Financiera (Financial Intelligence Unit)

UNED Universidad Nacional de Educación a Distancia

vol. (s.) Volumen (es)

## **Presentación**

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad ofrecer una visión general sobre los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, destacando las relaciones y diferencias entre ambos fenómenos criminales. El trabajo ha sido elaborado partiendo de la importancia que los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo tienen en la actualidad. Se ha pretendido realizar una presentación genérica de ambos ilícitos, su importancia criminológica y político-criminal en la actualidad. Dado que no es posible abarcar todos los problemas que generan estas infracciones penales, se ha procurado centrar la discusión en algunas cuestiones estratégicas, optando en primer término por un abordaje preliminar de la materia. Una vez superada la periférica aproximación al tema, en cada apartado se ha tratado con mayor profundidad el asunto elegido. Se ha destacado la necesidad de incorporar estos delitos al ordenamiento jurídico, la justificación de las normas penales, y la descripción del modelo adoptado por el legislador. La referencia al Derecho Comparado, siempre obligatoria en trabajos de esta naturaleza, fue incluida y se distribuye a lo largo de la obra, con especial atención al Derecho Penal de Brasil. Superadas estas necesarias cuestiones preliminares, entramos en el núcleo de la discusión científica, que se ha dividido en tres grandes líneas.

En un primer plano (Capítulo I) hemos dedicado este estudio al delito de blanqueo de capitales. Elaboramos una descripción de las normas internacionales sobre esta materia en tres grandes ámbitos: a) las normas de Naciones Unidas; b) las normas europeas; c) el panorama legislativo en España y el estado de la cuestión en Brasil. Dentro de la descripción de la normativa europea hemos abordado los siguientes instrumentos: a) La Convención de Viena de 1988; b) La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; c) La Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción; d) El Programa Mundial contra el Blanqueo de Dinero en el ámbito de las Naciones Unidas. En el ámbito europeo se han mencionado: a) La Recomendación R80 y las primeras iniciativas con relación al combate del delito de blanqueo de capitales; b) La Convención del Consejo de Europa sobre el blanqueo de 1990; c) La Decisión Marco del Consejo de Europa 2001/500/JAI de 25 de junio de 2001; d) El Convenio de Varsovia de 16 de mayo de 2005 y el Tratado de Lisboa.

También se han estudiado con detalle las Directivas Europeas sobre la materia: a) La primera Directiva 91/308/CEE; b) La segunda Directiva 2001/97/CEE; c) La tercera Directiva 2005/60/CEE; d) La nueva Directiva 2015/849 de 20 de mayo de 2015 del Parlamento y del Consejo. Dentro del Capítulo I hemos abordado también una importante cuestión: la relación entre el delito de *blanqueo de capitales* y el *delito de defraudación tributaria*, analizando la más actual jurisprudencia española y las modernas tendencias doctrinales sobre la materia. Además, hemos realizado un análisis de la legislación penal de España, previa al Código Penal del año 1995 y posterior a este cuerpo normativo, incluyendo las recientes reformas penales operadas en el país.

Todavía en el primer capítulo, realizamos un completo análisis de las Recomendaciones del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional – también conocido por The Financial Action Task Force - FATF), importante organismo internacional que acompaña y fiscaliza el cumplimiento de las normativas internacionales por parte de los países miembros de la comunidad internacional así como las políticas públicas antiterroristas y antiblanqueo de capitales. En este punto se ha analizado con detalle la reciente evaluación de España por tal organismo realizada a finales del año 2014.

En el Capítulo II el tema central ha sido el bien jurídico. Este capítulo está dividido en dos partes: a) aspectos generales del bien jurídico; b) el bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales. La primera parte del Capítulo II está dedicada al estudio de la evolución de la teoría general del bien jurídico y las principales teorías sobre la materia (Teorías constitucionales y Teorías sociológicas). También se han abordado las tendencias hacia la relativización y la crisis del concepto de bien jurídico. En la segunda parte del Capítulo II la tesis ha abordado la cuestión específica del bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales. Estudiamos los siguientes asuntos: a) la necesidad de que exista el delito de blanqueo de capitales; b) la definición del bien jurídico en el blanqueo de capitales; c) los diferentes enfoques acerca del bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales; d) las relaciones del bien jurídico del blanqueo de capitales con el delito de receptación; e) el contexto internacional del delito de blanqueo; f) la Administración de Justicia como bien jurídico instrumental; g) las relaciones del blanqueo frente al delito previo y sus consecuencias sobre la definición del bien jurídico; h) la Administración de Justicia: significado en el ámbito del bien jurídico; i) el aspecto pluriofensivo del delito de blanqueo; j) la finalidad de descubrimiento de



delitos en el contexto de la definición del bien jurídico del blanqueo de dinero; j) la confiscación de bienes; k) las finalidades preventivas; l) la seguridad del Estado; m) los aspectos patrimoniales de los delitos y su influencia conceptual en el momento de ubicar y definir el bien jurídico del blanqueo; n) la libre competencia; o) los atributos de “estabilidad”, “credibilidad” y “previsibilidad” como componentes esenciales en el ambiente socioeconómico; p) la “licitud” de los bienes que circulan en la economía: un presupuesto que tiene relevancia para el bien jurídico del blanqueo de capitales; q) la relevancia del orden socioeconómico como bien jurídico protegido en el blanqueo.

Por fin, el Capítulo III trata de la financiación del terrorismo. En este capítulo se ha buscado explicar las principales características de tal fenómeno y los más recientes aspectos de este importante tema relacionado con el terrorismo. Se han estudiado las normas internacionales sobre la materia. En un primero momento hemos realizado la descripción de la Normativa de Naciones Unidas, después de la Normativa Europea, y por fin de la normativa Interamericana. También se ha realizado una referencia a las “Recomendaciones del GAFI” y la evaluación de España ante este organismo. El contexto legislativo y estado de la cuestión en España y el panorama de la cuestión en Brasil también han sido estudiados. Una especial referencia al bien jurídico protegido en el delito de financiación del terrorismo ha sido incluida. También hemos descrito el delito de financiación del terrorismo en España (el nuevo artículo 576 bis del Código Penal), comentando la necesidad de incorporación de este delito al ordenamiento jurídico-penal español, las características del tipo penal y los problemas concursales del delito de financiación del terrorismo frente a otros delitos. Se ha hecho referencia a la relación del delito de financiación del terrorismo con el delito de blanqueo de capitales. También se han abordado aspectos criminológicos y de política-criminal del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo frente al mundo de la economía. Por último se han elaborado consideraciones sobre las perspectivas de futuro.

Apreciando el conjunto del texto, se reconoce que la tesis que se presenta ha intentado describir las principales características del delito de blanqueo de capitales y sus relaciones con el delito de financiación del terrorismo. Se ha buscado aportar una modesta contribución a aquellos que buscan controlar estas importantes formas de criminalidad, que han causado en los últimos años una gran preocupación a nivel internacional.

## **ABSTRACT**

This research aims to provide a general overview of money laundering and terrorism financing, highlighting the relations and differences between the criminal phenomena. The text was presented as a doctoral thesis at the Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid entitled "Money laundering and terrorist financing" after the completion of the doctoral program with the Department of Criminal Law.

The research was developed from the importance of the money laundering and terrorism financing crimes.

It was intended to make a general presentation of money laundering and terrorism financing crimes, their criminological and politic criminal importance today. Not being possible to cover all aspects of both crimes, besides to focus of discussion about some strategic issues, it was opted for a preliminary approach, but once the peripheral approach to the subject is over, in each paragraph, the chosen theme was immediately explained.

The object of study and the research method is descriptive, with conclusions at the end. It was stressed the need to incorporate these crimes to the legal order, the justification for the criminal code, and the description of the adopted model by the legislature. The reference to Comparative Law, always necessary in works of this nature, was distributed throughout the work, with special attention to brazilian criminal law.

After these necessary preliminary questions, there is center of scientific discussion which was divided as follows:

The work was divided into three main chapters:

Chapter I is devoted to money laundering crime. A description of international standards on the subject was developed in three main areas: a) The United Nations laws; b) European laws; c) the legislative landscape in Spain and the subject situation in Brazil.

Within the description of European regulations it was addressed the following instruments: a) the Vienna Convention of 1988; b) The United Nations Convention against Transnational Organized Crime; c) The United Nations Convention Against Corruption; d) The Global Programme against Money Laundering at the United Nations.

At European context, the following documents were mentioned: a) The Recommendation R80 and the first initiatives regarding the fight against money laundering; b) The 1990 Council of Europe on Laundering Convention; c) Council of Europe Framework Decision 2001/500 / JHA of 25 June 2001; d) The 2005 Warsaw Convention; The Treaty of Lisbon.

It was also studied in detail the european directives on the subject: a) The first Council Directive 91/308 / EEC; b) The second Directive 2001/97 / EEC; c) The third Directive 2005/60 / EEC; d) The May 2015 new Directive 2015/849 of Parliament and Council.

In the Chapter I a relevant issue was approached: the relations between money laundering and terrorism financing, emphasizing the current spanish jurisprudence and the modern doctrinal trends on the subject.

Besides, an analisis of spanish criminal code was conducted, both before the the 1995 Criminal Code and after this after this criminal law, including recent criminal law reforms that occurred in the country.

Still in the first chapter, a complete analysis of the FATF Recommendations was held (Financial Action Task Force), an important international organization that tracks and monitors compliance with international standards by countries members of the international community, as well as anti-terrorism and the fight against money laundering public policies. At this point it was examined in detail the Spain recent evaluation conducted by this agency in 2014.

In Chapter II, the focus is the legal right. This chapter is divided into two parts: a) general aspects of legal interest; b) the legal interest in the money laundering crime.

The first part of Chapter II is devoted to the study of the evolution of the general theory of the legal system and the main theories on the subject (constitutional

theories and sociological theories). It also approached the tendency to relativism and the crisis of the concept of legal interest.

The second part of the thesis Chapter II approached the specific issue of legal right of the money laundering crime. It was written about the following subjects: a) the need for the money laundering crime; b) the definition of the legal interest to money laundering; c) the different approaches to the legal interest of money laundering crime; d) the relations between the legal interest of money laundering and receiving crime; e) the international context of the money laundering crime; f) the administration of justice as an instrumental legal interest; g) the bleach relations of the previous crime and its impact on the definition of legal right; h) the Administration of Justice: what it means, in the legal interest scope; i) the multi-offensive aspect of money laundering; j) the purpose of detection of crimes within the definition of the legal interest of money laundering; k) asset forfeiture; l) preventive purposes; m) national security; n) the economic aspects of crime and its conceptual influence on the time to locate and define the legal interest of money laundering; o) unfettered competition; p) attributes of "stability" and "credibility" and "predictability" as essential components in the socioeconomic environment; q) the "legality" of products circulating in the economy: a budget that is relevant to the legal interest of money laundering; r) relevance to the socio-economic order as legally protected interest of money laundering.

Chapter III deals with terrorism financing. In this chapter it was intended to explain the main features of this phenomenon and the latest aspects of this important topic related to terrorism. The international standards on the subject were studied. At first, the description of the United Nations Regulations was made, then the European regulations, and the Inter-American regulations.

There was also a reference to the "FATF" and an evaluation of Spain by this organization. The legislative context and the situation in Spain and a general overview of the problem in Brazil have also been studied. A special reference to legally protected interest of terrorist financing was included. The terrorism financing in Spain was also described (the new Article 576 bis of Criminal Code), commenting on the need to incorporate the crime to the Spanish criminal law, type of criminal offense characteristics, terrorism financing crime problems versus other offenses. It was referenced on the terrorism financing crime versus money laundering crime.

Finally, the criminological and politic-criminal aspects of money laundering terrorism financing versus the economy have been approached. Last of all, future perspectives observations were developed.

Examining all the text, it is recognized that the thesis presented was intended to describe the main features of the money laundering crime and its relations with the terrorism financing; as well as develop a modest contribution for those who seek to control these important forms of crime which have caused major international concern in the past years.

# CAPÍTULO I – El delito de blanqueo de capitales

## I – Aproximación a los delitos de blanqueo de capitales.

### 1. Introducción

El sistema bancario y financiero ha asumido un papel de creciente importancia en la economía mundial, especialmente a partir de la globalización de los mercados y el avance de las nuevas formas de comunicación y transmisión de informaciones por medios electrónicos.

Por otro lado, se ha formado en los últimos tiempos cierto consenso mundial que indica que para que funcione correctamente el llamado “orden socioeconómico” de un determinado país es fundamental la licitud de los bienes y valores que circulan en el tráfico económico. En razón de estas circunstancias, el “blanqueo de capitales” se ha convertido en un tema destacado, tanto en el escenario internacional como en el ámbito de las legislaciones internas de cada país.

En paralelo, el extraordinario desarrollo tecnológico vivido por el mundo de la economía ha despertado el interés de la criminalidad, especialmente la de tipo organizado, que ha descubierto que el sistema financiero puede ser sin duda el cauce natural para el tráfico de sus ganancias. A su vez, el sistema jurídico de las naciones (principalmente en el ámbito del derecho sancionador) no se ha desarrollado de manera acorde a la enorme velocidad con que se han producido los cambios en el mundo de la economía. De hecho, como ha puesto de manifiesto la doctrina, la utilización del sistema bancario y financiero para reciclar los beneficios que se obtienen de distintas actividades delictivas ha sido una práctica extendida e impune durante muchos años, prácticamente en todo el mundo<sup>1</sup>.

Por otra parte, la inmensa cantidad de capitales que circulan en el entramado financiero ha dado ocasión a que algunos sectores de la economía, más específicamente el de los bancos y casas de cambio, hayan demostrado interés en facilitar, sin las precauciones necesarias, los medios para una rápida y anónima transferencia de activos financieros, sin exigir en contrapartida demasiadas explicaciones sobre su origen o

---

<sup>1</sup> Así lo menciona FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada”, en AAVV, Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva. 1999, págs. 85 y sig.

destino final, ni tampoco sobre su real titularidad. Esta aparente complicidad del sistema económico, situación caracterizada por la búsqueda de beneficios y ventajas importantes, ha perdurado a través de los años, hasta que los inevitables efectos de tal connivencia se hicieran sentir, especialmente en las economías de los países llamados “emergentes”. Al mismo tiempo hay otro importante factor que ha puesto de manifiesto los peligros de la libre circulación de capitales sin prestar atención sobre su origen: la ascensión del poderío del narcotráfico y de determinadas formas de criminalidad organizada.

Ante el inevitable avance de la criminalidad, la legislación sobre el blanqueo de dinero, siempre atenta a las necesidades de eficacia, no ha tenido otra alternativa que pasar por profundos cambios. Por todo ello, se ha formado en el escenario mundial la opinión de que esta temeraria situación era absolutamente insostenible, de tal suerte que sería razonable exigir de los agentes financieros una creciente colaboración en el sentido de lograr la construcción de un sistema caracterizado por un mayor rigor legal, basado en el deber de diligencia administrativa y en el control de las transacciones.

Las normas de prevención del blanqueo de capitales tienen su origen en la experiencia de Estados Unidos de América y se fueron expandiendo gradualmente hacia otros países que han reconocido la importancia de incorporar al sistema penal figuras delictivas destinadas a combatir este fenómeno.

A medida de que avanzan los años, esta tendencia ha logrado un consenso en el escenario de las naciones, bajo la forma de acuerdos y normas internacionales de diferente naturaleza, todas concebidas con el objetivo de cohibir, o al menos prevenir, la realización de operaciones financieras ilícitas. Así, en el plano internacional, en sus más variadas instancias, se ha conformado el contexto de las primeras normas de control y represión al blanqueo de dinero.

En el mismo sentido, y como resultado de una fuerte presión internacional, diversos países han introducido en su legislación normas específicas sobre la materia, especialmente para cubrir los espacios normativos y las lagunas de punibilidad derivadas de la precaria regulación jurídica de aquel momento.

En España, la política de control a través del Derecho Penal se inicia, aunque tímidamente, con la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, pensada inicialmente para combatir los casos de blanqueo de capitales provenientes del narcotráfico (art. 344 *bis h* del anterior Código Penal). Posteriormente otras reformas se han sucedido,

conforme se comentará más adelante, para adecuar el ordenamiento jurídico-penal español a la realidad mundial y a los efectos del avance de la criminalidad económica.

De otro lado, paralelamente, la construcción de los mercados comunitarios, especialmente el espacio económico europeo, ha impuesto el modelo de libre circulación de productos, personas y riquezas sin las conocidas trabas de los mercados tradicionales. Como efecto de este fenómeno, las fronteras han sido en gran parte abolidas a favor de una mayor fluidez en las relaciones entre los países. Por consiguiente, se ha establecido en contrapartida una dualidad: por un lado el imperativo de la globalización y por otro la política de intervención del Estado por medio de normativas de control y sanciones.

## **2. Normativa internacional**

En el escenario internacional se han multiplicado las reglas y acuerdos supranacionales, todos en el sentido de obligar a los distintos países a modernizar y adaptar sus legislaciones internas a un conjunto de principios generales que buscan la armonización de la regulación jurídica del tema, mediante la formulación de un consenso normativo mínimo y uniforme<sup>2</sup>. Son muy numerosas las iniciativas y medidas adoptadas o sugeridas en el ámbito multilateral por grupos de países u organismos intergubernamentales. Igualmente existen aquellas emanadas de asociaciones corporativas vinculadas a la actividad financiera.

La evolución del sistema normativo internacional fue bien descrita en la doctrina penal española por BLANCO CORDERO quien define este conjunto de reglas como un “régimen internacional regulador del blanqueo de capitales”<sup>3</sup>.

Los efectos de la evolución de la criminalidad transnacional han sido percibidos de manera más evidente desde la segunda mitad del siglo pasado lo que ha generado mayor consciencia acerca del problema representado por el blanqueo de capitales. La consecuencia de esta toma de consciencia ha sido una amplia gama de respuestas internacionales sin precedentes en la lucha contra este fenómeno bajo la

---

<sup>2</sup> Como destaca ABEL SOUTO, M., en *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Santiago de Compostela, 2002, pág. 41: “si bien no puede afirmarse que el blanqueo de dinero constituya un fenómeno nuevo, novedosa sí resulta la preocupación que semejante problema ha suscitado en el ámbito internacional. No es de extrañar, por tanto, que lugar común a la mayoría de los escritos sobre el blanqueo sea destacar su carácter transnacional, mundial o internacional”.

<sup>3</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra, 2013 pág. 94 y siguientes, aquí ampliamente referido sobre este aspecto.



forma de acciones en común por parte de los Estados, la intensificación de la cooperación en materia penal más allá de las fronteras nacionales y la proliferación de acuerdos específicos en relación a comportamientos ilícitos que afectan la normalidad de circuito socioeconómico (como es el caso del blanqueo de dinero) o la propia seguridad del Estado (caso del terrorismo y su financiación).

Parte de la estrategia internacional de lucha contra la criminalidad ha estado centrada también en una firme creencia en estrategias de naturaleza preventiva, lo que ha abierto paso a una serie de normas de diferentes tipos (desde administrativas hasta Convenciones o Tratados internacionales) como forma de organizar una barrera de prevención del delito.

Del mismo modo han sido concebidas importantes medidas de combate al delito con base en su vertiente financiera. Instrumentos como el decomiso de los bienes tendentes a privar a los delincuentes de las ganancias obtenidas de sus delitos, legislaciones que permiten la extinción del dominio sobre bienes relacionados con la droga, la criminalidad organizada o el terrorismo, y la organización de un sistema de seguimiento y listas negras de países o entidades no cooperantes han sido aspectos muy evidentes en el escenario internacional de las últimas décadas. Ello se refleja también en la existencia de una estrategia basada en la experiencia estadounidense representada por la expresión “*follow the money*” en el sentido de que cada vez el Estado se preocupa en perseguir a los delitos y a los delincuentes por la vía financiera, no limitando sus acciones al delito de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico, sino incluyendo un enfoque más amplio que se refiere a bienes procedentes de cualquier delito, o a frente a bienes lícitos relacionados con la financiación del terrorismo.

Toda esta estrategia no tendría efectividad o resultado práctico alguno si no fuera pensada en base a principios como el de cooperación internacional, la relativización de fronteras o la propia soberanía de los Estados en favor de metas comunes, la comunión de esfuerzos en una misma dirección, y la relativización de derechos fundamentales (básicamente los relacionados con el secreto bancario y profesional).

En este sentido se ha fortalecido el Derecho Penal Internacional, los acuerdos y tratados que permiten acciones policiales, aduaneras o de fiscalización sin las trabas vigentes en el clásico sistema de Justicia de principios del siglo pasado. Se puede afirmar que en la actualidad ha nacido un nuevo sistema normativo internacional, más fortalecido, ágil y solidario.

La jurisdicción penal ha ganado fuerza y espacio transnacional y los delitos han dejado de estar vinculados al principio de territorialidad. La posibilidad del cumplimiento de órdenes judiciales de captura y detención en otros países, o de bloqueo o congelación de bienes en otras jurisdicciones han sido instrumentos largamente utilizados en la última década, especialmente frente a casos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

El escenario internacional ha sido también definido en gran parte por el avance de la economía globalizada, modelo económico-financiero donde las grandes corporaciones detentan una importante parcela del poder y ocupan una situación de gran protagonismo.

Estamos ante una nueva realidad en el campo de la lucha contra el delito en su vertiente difusa o colectiva, situación que busca recobrar un poco el equilibrio de fuerzas en la lucha del Estado contra la macrocriminalidad<sup>4</sup>.

Este panorama internacional ha sido muy bien definido por BLANCO CORDERO al afirmar que “la doctrina internacional destaca el surgimiento de un «régimen internacional» tendente a regular el problema del blanqueo de capitales, fundamentalmente en el área europea. El concepto de «régimen internacional» procede de la teoría de la organización internacional surgida a principios de los años setenta. En general, el objetivo de los regímenes internacionales es regular y controlar ciertas relaciones y actividades internacionales mediante el establecimiento de procedimientos,

---

<sup>4</sup> En este sentido BLANCO CORDERO afirma: “La necesidad de recurrir a la cooperación internacional radica en que nos encontramos en una era en la que el Estado, de base eminentemente territorial, está siendo eclipsado por actores no territoriales, tales como corporaciones multinacionales, movimientos sociales transnacionales y organizaciones intergubernamentales. Es más, incluso en algunos países la autoridad del Estado está siendo suplantada por el crimen organizado, fundamentalmente ligado al narco-terrorismo. Reconociendo esta circunstancia, los problemas criminales han sido considerados como una prioridad en la política internacional. Estos problemas criminales surgen frecuentemente de redes internacionales que operan fuera del control de la soberanía de una nación. La naturaleza de estas redes hace difícil a una nación actuar unilateralmente para combatir estos problemas. En este contexto, la cooperación internacional representa una nueva fuente en el arsenal policial internacional, que aporta soluciones internacionales a problemas internacionales. De esta forma se promueve el espíritu cooperativo que mejora lo que se ha denominado «soft power» entre las naciones. El término «soft power» describe la capacidad de una nación de persuadir a otra para desear lo que ella desea, en contraposición con el «hard power», caracterizado porque una nación ordena a otra a hacer lo que ella desea. En una época de actores y problemas multinacionales, la capacidad para ejercer el «soft power» es cada vez más importante, fundamentalmente allí donde interactúan y cooperan diversos grupos internacionales mediante esfuerzos tendentes a mitigar las amenazas del crimen organizado. Mientras las fuentes y circunstancias que conforman el poder internacional cambian, también el enfoque de los gobiernos debe tratar de adquirir y manipular el poder internacional, fundamentalmente mediante el «soft power». Esto es especialmente importante para algunos Estados, como por ejemplo los Estados Unidos, que han disfrutado de una importante influencia desde la perspectiva del «hard power», puesto que la adopción del «soft power» es más barato, más atractivo, y tiene el mismo vigor que el «hard power»” Cfr.: BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de Capitales, ob. cit., pág. 95.

normas e instituciones internacionales. La diferencia con las organizaciones intergubernamentales tales como Naciones Unidas reside en que, si bien los regímenes internacionales frecuentemente disfrutaban del respaldo de aquéllas, las materias que se abordan son mucho más específicas. En la actualidad, el carácter dinámico del mercado financiero y del orden mundial supone un problema para los regímenes internacionales. Por eso, se dice que para combatir el blanqueo de capitales de manera efectiva, los regímenes internacionales han de ser flexibles, estables, capaces de tomar decisiones, gastar recursos, adoptar normas, proporcionar asistencia judicial y otras formas de cooperación internacional en materia penal. En cualquier caso, el surgimiento del régimen internacional relativo al blanqueo de capitales se enmarca fundamentalmente en el ámbito de las organizaciones intergubernamentales. De su actividad y de las interacciones y dinámicas entre sí, ha surgido un régimen internacional basado fundamentalmente en la cooperación internacional”<sup>5</sup>.

Esta nueva perspectiva ha permitido la aparición de una nueva política-criminal donde el Derecho penal ocupa un lugar destacado, en un contexto de gradual expansión, con enormes desafíos en el campo de la dogmática y de la armonización legislativa. De ahí que es oportuna la afirmación de SILVA SÁNCHEZ en el sentido de que “la globalización y la integración supranacional constituyen, por lo demás, potenciadores de esta tendencia. Se trata de combatir la delincuencia organizada y de contenido económico; y ello, que además debe hacerse de un modo uniforme pesa a la diversidad de tradiciones jurídicas de partida ofrece la coartada perfecta para la expansión”<sup>6</sup>.

En este campo la experiencia inicial de países como Estados Unidos de América e Italia - naciones precursoras de los primeros tipos penales antiblanqueo - ha potenciado iniciativas como la creación del GAFI (Grupo Acción Financiera Internacional) organismo que ha expresado por medio de “40 Recomendaciones” algunas de las ideas básicas de la nueva política pública de combate al blanqueo y la financiación del terrorismo.

Acontecimientos como los grandes atentados ocurridos en Estados Unidos (el 11 de septiembre de 2001) y en Europa (los trenes de Madrid y el Metro de Londres) han impulsado y precipitado el surgimiento de una vastísima normativa, Convenciones,

---

<sup>5</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 96.

<sup>6</sup> Cfr. SILVA-SÁNCHEZ, J-M.: la expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid 1999 (fragmento de la presentación de la obra).

Tratados y reglamentos administrativos extrapenales que se han inspirado en una filosofía de prevención y evaluación de riesgos. Las Recomendaciones del GAFI también servirán de fuente de inspiración para normas supranacionales en el ámbito Europeo como las Directivas de Consejo Europeo (la Directiva 91/308/CEE de 10 de junio de 1991 y sus versiones posteriores) así como Resoluciones del Parlamento Europeo<sup>7</sup>.

La *evolución internacional de la tipificación penal del blanqueo de capitales* ha sido explicada por BLANCO CORDERO con mucha precisión de la siguiente forma:

“1ª) La primera etapa se sitúa en los años setenta del siglo pasado en los Estados Unidos, en la que se observa un sistema preventivo en una fase incipiente, y que quizás ni siquiera tenía como objetivo impedir el blanqueo de capitales. El énfasis es de carácter preventivo tenía como objetivo lograr la conservación de documentos y la comunicación de operaciones sospechosas por los bancos. En este sentido, la primera ley contra el blanqueo de capitales en los Estados Unidos de América fue *The Currency and Foreign Transactions Reporting Act of 1970 (Bank Secrecy Act)*.

2ª) En la década de los años ochenta del siglo pasado se produce la creación del delito de blanqueo de capitales en los Estados Unidos. En efecto, la aprobación de la Ley de control del blanqueo de capitales en 1986 (*1986 Money Laundering Control Act*) supuso la aparición del delito de blanqueo de capitales, como una estrategia de las

---

<sup>7</sup> En este sentido es posible mencionar: a) La Recomendación R (80) 10, de 27 de junio de 1980, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros, relativa a medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal; b) El modelo normativo aprobado por INTERPOL en su Asamblea General de agosto de 1985, sobre el blanqueo de dinero y embargo de bienes; c) La Declaración de Principios del Comité de Reglas y Prácticas de Control de Operaciones Bancarias del G-10 ( conocida por “Declaración de Basilea”) sobre prevención de la utilización del sistema para el blanqueo de capitales y fondos de origen criminal, de 12 de diciembre de 1988; d) La Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988, llamada “Convención de Viena”, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de la cual España es signataria desde 30 de junio de 1990 (cfr. BOE n. 270, de 10 de noviembre); e) Las primeras Recomendaciones sobre la prevención y represión al blanqueo de capitales elaboradas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) concebidas en la reunión celebrada en París el 07 de febrero de 1990; f) El Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito, conocido por Convenio de Estrasburgo, de 08 de noviembre de 1990, del cual España forma parte por estar ratificado desde 22 de julio de 1998 (vid. BOE n. 252, de 21 de octubre); g) La Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991, del Consejo de las Comunidades Europeas, sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de dinero; h) La Recomendación R (91) 12 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a la creación y al funcionamiento de los Tribunales Arbitrales previstos en el artículo 42.2 de la Convención de 08 de noviembre de 1990 sobre blanqueo de dinero, identificación, embargo y comiso de los productos del delito; i) La Recomendaciones adicionales del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional), de febrero de 1990 (Revisión de junio de 1996 y 2002); j) La Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 1996, sobre el primer informe de la Comisión del Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 91/308/CEE, sobre el blanqueo de capitales; k) El Convenio Penal del Consejo de Europa, redactado en Estrasburgo en 27 de enero de 1999 sobre la corrupción; etc.

autoridades americanas para disponer de herramientas más eficaces para luchar contra el blanqueo de capitales.

3ª) La tercera fase podemos decir que se produce a finales de los años ochenta con la internacionalización del delito de blanqueo de capitales, por influencia esencialmente de los Estados Unidos. El ejemplo más relevante es la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

4ª) La última fase se puede ubicar un año más tarde, en 1989, con la aparición del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y la aprobación de las cuarenta recomendaciones sobre el blanqueo de capitales. Con este organismo se enfrenta el blanqueo desde un punto de vista integral, no sólo represivo, sino también preventivo.”<sup>8</sup>

Estas fases coinciden con el nacimiento localizado de normas antiblanqueo con contenido penal en países como Estados Unidos e Italia, naciones que han sido las pioneras en introducir en sus ordenamientos jurídicos internos normas de tal naturaleza<sup>9</sup>.

## **2.1. Normativa de Naciones Unidas**

La importancia de Naciones Unidas es incontestable en el ámbito del tratamiento jurídico del delito, principalmente en su vertiente preventiva<sup>10</sup>. En las últimas décadas, este organismo viene desarrollando instrumentos jurídicos, principalmente tratados y convenciones internacionales, como forma de establecer una estrategia global contra el delito. Estos documentos, una vez ratificados por los países, constituyen el principal mecanismo para una actuación coordinada de las fuerzas policiales y de las actuaciones jurisdiccionales.

Desde diferentes perspectivas el organismo actúa para facilitar la creación de condiciones ideales para que exista un posicionamiento público y una política-criminal

---

<sup>8</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 98.

<sup>9</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: El delito de Blanqueo de Capitales, Madrid, 1998, p. 166: “En tanto que ilícito penal, el blanqueo de las ganancias procedentes de actividades ilegales cuenta con una historia bastante breve. Según los datos a los que hemos accedido, el primer ordenamiento que incorporó a su catálogo de delitos una figura relacionada de algún modo con el reciclaje de capitales fue el italiano.”

<sup>10</sup> Lo reconoce BLANCO CORDERO al afirmar que “las Naciones Unidas han desempeñado un papel muy importante en el impulso mundial para la supresión del tráfico ilícito de drogas” (BLANCO CORDERO, I., El delito de blanqueo de capitales, op.cit., pág. 100). En el mismo sentido VERHAGE, A., “Compliance and AML in Belgium: a booming sector with growing pains”, Journal of Money Laundering Control, Vol. 12, 2009, págs. 113 y siguientes.

uniforme y armónica sobre la cuestión de la macrocriminalidad, en ella incluidos el delito de blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

A continuación pasaremos a describir sus principales iniciativas en esta materia.

### **2.1.1. La Convención de Viena de 1988**

La Convención de Viena de 1988 representa un marco histórico de fundamental importancia en el desarrollo de las normas internacionales relacionadas con el blanqueo de capitales. En este sentido CERVINI ha señalado que la Convención fue el cuerpo normativo más importante que hay que tener presente, especialmente en lo concerniente a la creación de nuevas incriminaciones delictivas, pero la regulación que ha aportado ha fijado una discutible orientación de la materia para la comunidad de las Naciones, inspirando en mayor o menor medida las normas subsiguientes y generando justificadas polémicas sobre la conveniencia técnica y política de sus soluciones<sup>11</sup>. Más allá de establecer obligaciones por parte de los Estados-miembros tal estrategia ha fomentado la creación de un pensamiento común acerca de los problemas en el ámbito criminal, resultando así un sistema normativo global de características parecidas para cada país. El objetivo final es lograr establecer en el futuro - salvadas las distancias y particularidades de cada cultura – verdaderos puntos de conexión que faciliten la cooperación internacional en el ámbito judicial y la creación de una política criminal uniforme (algo tan necesario en el mundo globalizado).

En este contexto, la *globalización* ha sido un factor coadyuvante para el surgimiento de nuevas formas de criminalidad, entre ellas la delincuencia de perfil económico, y por consiguiente tan sólo una acción coordinada por parte de los países haría viable el control de la delincuencia organizada y sus manifestaciones.

De cierta manera, se puede afirmar que la Convención de Viena fue una reacción internacional contra el delito, más precisamente en relación al *narcotráfico*, figura delictiva que en las décadas de los años 60, 70 y 80, había alcanzado gran protagonismo y era fuente de preocupación constante por parte de casi todas naciones, de suerte que con la aprobación del instrumento la organización de las Naciones Unidas ha

---

<sup>11</sup> Cfr. CERVINI, R. *Lei de lavagem de capitais* (et. TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.) Sao Paulo, 1998, p. 132.

demostrado una firme postura ante el problema de la droga, incluso en el campo penal, otorgando al delito de blanqueo de capitales un *status* de instrumento indispensable para enfrentar el problema<sup>12</sup>.

Para alcanzar un texto final de la que sería la “Convención-Madre” de los instrumentos internacionales en el área del blanqueo<sup>13</sup>, los expertos y representantes de los países miembros de Naciones Unidas han recorrido un largo camino hacia la elaboración de un documento de gran amplitud. La referencia a este documento es de fundamental importancia pues España ha ratificado el documento que ha pasado a formar parte de su ordenamiento jurídico<sup>14</sup>.

### A. Antecedentes

El origen de esta nueva Convención se sitúa en una petición formal del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas<sup>15</sup> a la Comisión de estupefacientes<sup>16</sup> en el sentido de que se elabore un borrador de norma sobre la cuestión de la droga que sea bastante amplio para incluir medidas concretas en contra del avance de la criminalidad.

---

<sup>12</sup> Sobre el tema véase, con detalles, el documento E/CN.7/590 (ISBN 92-1-348054-7) titulado “*Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988*” elaborado por Naciones Unidas a petición del Consejo Económico y Social, aquí ampliamente referido. Tal documento, publicado en Nueva York en junio de 1998 por el Secretario General Kofi A. Annan ha sido una importante interpretación auténtica del significado de la Convención de Viena. Así lo asume la propia institución al afirmar que “uno de los requisitos principales de toda estrategia eficaz para combatir el moderno tráfico internacional de drogas es proporcionar a la comunidad de autoridades de represión los instrumentos necesarios para socavar el poder financiero de las redes y grupos delictivos involucrados. A finales del decenio de 1980, se produjo un amplio consenso en la comunidad internacional en el sentido de que la tipificación del blanqueo de dinero como delito era un componente esencial de esa estrategia.” (en *Comentarios a la Convención de Viena*, ob.cit., pág. 54).

<sup>13</sup> Así referida por KAI AMBOS en el artículo “*Lavagem de dinheiro e direito penal*”, Porto Alegre, Brasil, 2007, pág. 17.

<sup>14</sup> Instrumento de ratificación de 30 de julio de 1990: Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 20 de diciembre de 1988. BOE de 10 de noviembre de 1990.

<sup>15</sup> El Consejo Económico y Social de la ONU se ocupa de los problemas económicos, sociales y ambientales del mundo. El Consejo, uno de los órganos constituyentes de las Naciones Unidas que figuran en la Carta, fue establecido en 1946 y es el foro en que esas cuestiones se examinan y debaten y en el que se formulan recomendaciones de política. En ese sentido, el Consejo tiene una amplia responsabilidad respecto del 70% aproximadamente de los recursos humanos y financieros de todo el sistema de las Naciones Unidas, incluidos 14 organismos especializados, 9 comisiones orgánicas y cinco comisiones regionales. El período de sesiones, que se celebra en años alternos en Nueva York y Ginebra, se divide en cinco serie de sesiones - de alto nivel, de coordinación, de actividades operacionales, de asuntos humanitarios y de carácter general - que abarcan asuntos mundiales y cuestiones técnicas y administrativa. Entre sus funciones estaba la iniciativa de proponer nuevos modelos normativos sobre temas estratégicos en el campo de la economía mundial.

<sup>16</sup> Por medio de la decisión 1985/104 de 8 de febrero de 1985.

Es necesario reconocer, sin embargo, que en estrictos términos históricos tanto el *Convenio Único sobre estupefacientes*<sup>17</sup> (del año 1967) como el *Convenio sobre sustancias psicotrópicas de Viena*<sup>18</sup> (de 21 de febrero de 1971) han sido las primeras acciones efectivas por parte del colectivo global de países en el sentido de considerar que las conductas de legitimación de capitales relacionados con la droga debían ser consideradas delictivas<sup>19</sup>. Sin embargo, el foco de ambos convenios era todavía incipiente y limitado a los capitales destinados al narcotráfico, no a los procedentes de tal delito<sup>20</sup>. De todas formas, respetadas las legislaciones internas de cada país, y sus particularidades, ambos convenios abrieron el camino hacia la incriminación de las conductas y operaciones financieras relacionadas con el narcotráfico, y representan un arsenal de instrumentos internacionales universales dirigidos a la lucha contra el blanqueo de capitales.

Posteriormente, el 14 de diciembre de 1984, la Asamblea General de las Naciones Unidas publicó tres Resoluciones muy importantes para la creación de una base de pensamiento común acerca del problema de la droga y sus relaciones con la criminalidad. Estas Resoluciones fueron las número 39/141, 39/142 y 39/143, y han servido de fundamento<sup>21</sup> para que, tiempo después, fuese formulada la Convención definitiva en el año 1988.

## **B - La elaboración del instrumento**

---

<sup>17</sup> El Convenio fue celebrado en 30 de marzo de 1961, en la ciudad de Nova York, y fue publicado en España en el B.O.E. de 22 de abril de 1966. El Convenio Único fue modificado posteriormente en 25 de marzo de 1972 por el Protocolo de Ginebra y por el Comité de Expertos de Naciones Unidas que han incorporado observaciones a su exposición de motivos.

<sup>18</sup> B.O.E. de 10 de septiembre de 1976.

<sup>19</sup> Respectivamente los artículos 36.2 (a-ii) y 22.2 (a-ii).

<sup>20</sup> Esta laguna es destacada por BERNASCONI, R., (Die Geldwäscherei im schweizerischen Strafrecht. Bericht mit Vorschlängen zu einer Gesetzesrevision - neuer Art. 305 bis StGB, Auftr. d. Eidgen. Justiz. Polizeidepartamentes, Lugano, 1986) citado por ABEL SOUTO, M. en El blanqueo de dinero en la normativa internacional, ob. cit., pág. 80.

<sup>21</sup> De esta forma lo refiere BLANCO CORDERO acerca del fundamento del documento: "La base de tal Convención se encuentra en dos resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas: Resolución 39/141 de 14 de diciembre de 1984, denominada «Campaña internacional contra el tráfico de drogas», cuyo anexo se titula «Proyecto de Convención contra el tráfico de sustancias estupefacientes y sicotrópicas y actividades conexas», que recoge en su párrafo 2 una petición dirigida al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas para que requiera a la Comisión sobre Drogas el inicio, en su sesión 31ª a celebrar en febrero de 1985, con carácter prioritario, la elaboración de un proyecto de convención contra el narcotráfico que contemple en conjunto los aspectos del problema y, en particular, los no previstos en los instrumentos internacionales existentes<sup>21</sup>; Resolución 39/142, de 14 de diciembre de 1984, denominada «Declaración sobre la lucha contra el narcotráfico y el uso indebido de drogas»." Cfr. El delito de blanqueo de capitales, op.cit. pág. 10).



En el “*Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas para la elaboración y aprobación de la Convención contra el Narcotráfico*”<sup>22</sup>, se pudo verificar la *Memoria* de estos trabajos. El punto de partida lo asume la Asamblea General de las Naciones Unidas, que por medio de su Resolución 39/141 de 14 de diciembre de 1984, pidió al Consejo Económico y Social<sup>23</sup> que solicitase a la Comisión de Estupefacientes que con motivo de su 31º período de sesiones se pasase a encarar con carácter prioritario la elaboración de un proyecto de convención contra el narcotráfico que incluyera todos los aspectos del problema, en particular, los no previstos en los instrumentos internacionales existentes.

De otra parte, es necesario reconocer el importante impulso dado a tal iniciativa por parte de los Estados Unidos, aportación que ha ayudado a construir buena parte del sistema normativo internacional sobre la materia, siendo correcto afirmar que la influencia de la legislación estadounidense siempre ha estado presente en este campo. Tal influencia se hace sentir por ejemplo en el texto de la Convención, como se puede percibir en las disposiciones de los incisos a) y b) del párrafo 1, disposiciones derivadas en su estilo de la redacción del 18 USC 1956-57 de Estados Unidos, vigente en la época de la elaboración del texto. Fue precisamente en esta fase de los trabajos en la que se ha abierto un espacio para la inclusión del lavado de dinero en las discusiones y debates de la Comisión de Estupefacientes, resultando plasmado en un texto inicial del proyecto de convención que tuvo en cuenta las observaciones formuladas al respecto por los gobiernos que mencionaban el blanqueo como una importante manifestación criminológica.

Posteriormente<sup>24</sup>, ya en el año 1987, el Secretario General preparó una recopilación que fue abierta a la participación general que se distribuyó a todos los gobiernos para ser examinada en los dos períodos de sesiones por un Grupo Intergubernamental de Expertos. Al final del mismo año<sup>25</sup> la Asamblea General aprobó la resolución 42/111, en la que se daban nuevas instrucciones para acelerar los preparativos del proyecto de convención. Como el tiempo de que había dispuesto el Grupo de Expertos no había permitido un examen a fondo de todos los artículos, la

---

<sup>22</sup> Elaborada en Viena (Austria) a 25 de noviembre a 20 de diciembre de 1988 (aquí adelante referida y transcrita esencialmente).

<sup>23</sup> En consideración el párrafo 3 del Artículo 62 y el párrafo 1 del Artículo 66 de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 9 (I) de 16 de febrero de 1946 del Consejo.

<sup>24</sup> Durante el 32º período de sesiones de la ONU.

<sup>25</sup> En 7 de diciembre de 1987.

Asamblea General pidió al Secretario General que considerase la posibilidad de convocar nuevamente al Grupo Intergubernamental de Expertos para que se reuniera, durante dos semanas (inmediatamente antes del décimo período extraordinario de sesiones de la Comisión de Estupefacientes, que se celebraría en febrero de 1988) a fin de continuar la revisión del documento de trabajo sobre el proyecto de convención.

En su décimo período extraordinario de sesiones, celebrado en Viena del 8 al 19 de febrero de 1988, la Comisión de Estupefacientes examinó el texto del proyecto de convención y llegó a la conclusión de que determinados artículos del proyecto debían ser remitidos a la conferencia que se convocase para su aprobación. La Comisión recomendó asimismo al Consejo Económico y Social ciertas medidas concretas para acelerar la preparación del proyecto de convención.

En virtud de este impulso específico, el Consejo Económico y Social (en su resolución 1988/8, de 25 de mayo de 1988) tras recordar los trabajos preparatorios realizadas por los órganos competentes de las Naciones Unidas con arreglo a la resolución 39/141 de la Asamblea General, decidió "convocar"<sup>26</sup> una conferencia de plenipotenciarios para la adopción de una convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas". En consecuencia, por medio de la decisión número 1988/120 (de 25 de mayo de 1988) el Consejo decidió que la Conferencia final se celebraría en Viena, del 25 de noviembre al 20 de diciembre de 1988, y que el Secretario General enviaría invitaciones para participar en la Conferencia a quienes habían sido invitados a participar en la Conferencia Internacional sobre el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas, celebrada en Viena el 17 de junio de 1987. En consecuencia, por decisión del Consejo Económico y Social (Resolución 1988/8) se convocó previamente a dicha Conferencia a un grupo de expertos para el estudio de los proyectos a fin de introducir los cambios que fuesen necesarios para lograr la coherencia general del texto que había de presentarse a la Conferencia. De esta manera, el Grupo de Examen del proyecto de convención se reunió en la Oficina de las Naciones Unidas en Viena del 27 de junio al 8 de julio de 1988 y aprobó un informe dirigido a la Conferencia que sería de inmediato realizada<sup>27</sup>. De estas iniciativas ha resultado, por fin, un texto definitivo, que fue llevado a la Conferencia de las Naciones Unidas para su

---

<sup>26</sup> La convocatoria se ha dado de conformidad con el párrafo 4 del Artículo 62 de la Carta de las Naciones Unidas y en el marco de las disposiciones de la resolución 366 (IV) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1949.

<sup>27</sup> Véase el documento: E/CONF. 82/3.

aprobación y se ha convertido en la conocida Convención que hoy se conoce, celebrada del 25 de noviembre al 20 de diciembre de 1988.

Esta Convención, bautizada como “*Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988*” – también es conocida como Convención de Viena pues fue finalizada en el centro de conferencias de Neue Hofburg, en Viena. En su redacción han participado 106 países miembros, lo que demuestra la relevancia que ha alcanzado y la trascendencia mundial de su texto y por ello fue redactado también en español, idioma oficial, así como en inglés, francés, ruso, árabe y chino (conforme dispone su artículo 33). El instrumento entró en vigor en España el día 11 de noviembre de 1990 al haberse depositado el instrumento de ratificación el 13 de agosto de 1990.

### **C - El blanqueo de capitales en la Convención de Viena**

Sobre el tema central de esta investigación, específicamente sobre el *blanqueo de capitales*, conviene decir que la Convención de Viena ha centrado su atención en lo que en aquella época formaba parte del universo del narcotráfico, razón por la cual los primeros tipos penales concebidos en esta materia hacen mención a la especial agravación de pena por la inversión de fondos provenientes de este tipo de delincuencia.

Sin embargo, la convención de Viena ha significado un marco muy importante para tratar de las consecuencias económicas del delito de tráfico de drogas bajo el enfoque penal, contexto en el que el blanqueo de dinero juega un papel de fundamental importancia. En cuanto a los aspectos penales, se ha establecido la obligación por parte de los países firmantes de reprimir no sólo el narcotráfico sino también el blanqueo de capitales, y ha marcado un hito en la trayectoria del tratamiento jurídico de la delincuencia organizada a partir del cual las legislaciones posteriores de los países miembros han podido evolucionar dentro de parámetros relativamente uniformes.

No obstante, el delito de blanqueo de dinero aparece de forma tangencial en la discusión acerca de la droga, y esta tendencia (que se puede en cierta manera definir como “instrumental”) acompaña la evolución de la materia desde entonces, atribuyendo al delito de blanqueo de capitales la función de protección de bienes jurídicos con posteridad, como una segunda carga penal permanente en relación a figuras delictivas anteriores.

#### D. Conductas típicas

En términos históricos, febrero de 1986 marca la fecha del primer informe que el Secretario General de Naciones Unidas elaboró sobre el futuro proyecto de Convención, titulado “Proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas” que define en el art. I. j) el blanqueo de capitales como el “acto de ocultar o encubrir la naturaleza, origen, disposición, movimiento o propiedad verdaderos del producto, e incluye el movimiento o conversión del producto por transmisión electrónica”<sup>28</sup>.

En atención al párrafo 5 de la Resolución 1 (S-IX)<sup>29</sup> el Secretario General invitó a los gobiernos a presentar observaciones y propuestas al proyecto. Con referencia al *blanqueo de capitales*, los países miembros, atendiendo a esta petición presentaron una compilación de los comentarios o cambios<sup>30</sup> que fueron examinados por la Comisión en su 32º período de sesiones. El proyecto no contenía ninguna disposición o artículo en el preámbulo que tratase de los mecanismos y medidas para aplicar la Convención ni cláusulas finales (por considerarse que su formulación era prematura en esa etapa y requería más orientación de la Comisión) limitándose a presentar una serie de observaciones al proyecto<sup>31</sup>. De estas observaciones provienen conceptos importantes plasmados principalmente en el artículo 3 de la Convención. Una vez finalizada la discusión sobre cuestiones problemáticas que, desde un punto de vista sustantivo, se

---

<sup>28</sup> Sobre el análisis de este proyecto Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., El marco normativo de las drogas en España, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1987, págs., 367 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente, en ADPCP, 1987, págs. 347/400; y del mismo autor El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español, en Actualidad Penal, nº 32, 5-11, septiembre 1994, págs. 583/613, citados por BLANCO CORDERO, I., en El delito de blanqueo de capitales, 3ª Edición, Navarra, 2013, pág. 103.

<sup>29</sup> Documento E/CN.1-S, de 8 de febrero de 1986.

<sup>30</sup> Documento E/CN.7/1987/2/Add.1.

<sup>31</sup> Así lo describe, con detalles, el documento E/CN.7/590 (ISBN 92-1-348054-7) titulado “Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988” elaborado por Naciones Unidas a petición del Consejo Económico y Social, aquí ampliamente referido. Tal documento, publicado en Nueva York en junio de 1998 por el Secretario General Kofi A. Annan ha sido una importante interpretación auténtica del significado de la Convención de Viena.

planteaban en materia de punibilidad del blanqueo de capitales<sup>32</sup>, fue cuando se produjo la inclusión de nuevas exigencias de carácter subjetivo respecto de las conductas de conversión o transferencia de bienes, reclamando del sujeto además del conocimiento acerca de su procedencia delictiva una actuación en el sentido de ocultar o encubrir su origen ilícito o de ayudar a cualquier persona que participase en la comisión de los delitos precedentes a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

Los puntos más destacables relativos al delito de blanqueo se encuentran referidos en el artículo 3.1.b., centro de gravedad del delito de blanqueo de capitales (en cuanto a las características del delito) y principal referencia penal en el cuerpo de la Convención. A este artículo hay que añadir las disposiciones complementarias acerca de la cooperación judicial en esta materia (con relevancia para los artículos 5 y 7 del instrumento) y las relativas al decomiso de bienes.

Dice el artículo 3:

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

(...)

b)

i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

De esta manera, en lo que respecta a los aspectos penales del blanqueo de capitales, el artículo 3 de la Convención representa el punto de mayor relevancia, pues

---

<sup>32</sup> Así bien descritas por BLANCO CORDERO: a) “En cuanto al elemento subjetivo, algunos países como Alemania, Italia, Inglaterra y Francia, pretendían asegurar el requisito del conocimiento por el blanqueador de que el producto procede del narcotráfico. b) En lo que se refiere a la procedencia, Alemania proponía incluir algún término más porque consideraba que de lo contrario no quedarían abarcadas las adquisiciones a título gratuito. c) Por su parte, Japón proponía limitar el concepto de producto exclusivamente al derivado directamente del tráfico ilícito. d) Con respecto a la punición de los actos preparatorios como delito independiente, resalta Díez Ripollés el predominio de las tesis restrictivas, existiendo países que solicitaban su supresión debiendo regir las normas generales de ejecución y participación. Otros proponían la supresión de la conspiración o del consejo” Cfr. El delito de blanqueo de capitales, ob.cit. pág. 104.

define criterios para la construcción de los delitos y destaca las respectivas penas o medidas aplicables. En base al tratado cada país tiene la misión de implementar al máximo la criminalización del blanqueo de dinero, respetadas las particularidades de su sistema jurídico, tanto penal como constitucional<sup>33</sup>. Esta incriminación de conductas de manera uniforme posibilita una mayor eficacia en la cooperación internacional considerando que la doble tipicidad penal es un fundamento de la acción conjunta entre naciones en el campo penal. Además, se espera que las legislaciones locales sancionen estos delitos con especial gravedad, considerando el parámetro del narcotráfico, que “se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso” de bienes<sup>34</sup>.

De esta manera, el artículo 3 prevé que los países participantes de la Convención<sup>35</sup> deben punir comportamientos de autoría y participación consistentes en la conversión de bienes (inciso “1. b. i”), la ocultación (inciso “1. b. ii”) y sus respectivas modalidades de participación, incluso en caso de tentativa, desde que las conductas sean intencionales<sup>36</sup>, suponiendo que el autor del delito actúe “a sabiendas” (como establece la letra “b”) inciso “i”).

### **E. El aspecto subjetivo**

En cuanto al elemento subjetivo, el párrafo “3.” del artículo 3 deja claro que la intención de la Convención era ver plasmada la punición de las conductas cometidas intencionadamente al establecer que “El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.” El conocimiento de que el bien se deriva de los delitos anteriores ha sido una exigencia de

---

<sup>33</sup> Se nota esta preocupación cuando la Convención excepciona expresamente que la tipificación de conductas será acorde a la “reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno” ... (art. 3.2.).

<sup>34</sup> Cfr. el art. 3.

<sup>35</sup> Sin perder de vista que las iniciativas de cada Estado-Parte serán de acuerdo con los principios y reglas que inspiran las legislaciones locales.

<sup>36</sup> En el “caput” del artículo consta “cuando se cometan intencionalmente”.

la Convención<sup>37</sup>, y se considera posible de punición la conducta de “ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones”<sup>38</sup>.

#### **F. El pragmatismo del texto**

Dentro de una concepción amplia, hay que reconocer el pragmatismo de la Convención al dar una respuesta efectiva a los problemas generados por las drogas. Partiendo del principio de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles, la Convención ha sido explícita en su intención de privar a los agentes del producto de sus actividades delictivas y eliminar así el principal incentivo para tal actividad<sup>39</sup>. El centro de atención se vuelve hacia el aspecto económico del delito.

Particularmente sobre este aspecto, el artículo 5 de la Convención se ocupa detalladamente del decomiso de bienes al establecer que:

“1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

- a) del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto;
- b) de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 .

2. Cada una de las Partes adoptará también las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras a su eventual decomiso.

---

<sup>37</sup> Véase el Inciso b) del párrafo 1: “i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;”

<sup>38</sup> Así: “la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo”.

<sup>39</sup> Cfr. los párrafos quinto y sexto de las Disposiciones Generales.

3. A fin de dar aplicación a las medidas mencionadas en el presente artículo, cada una de las Partes facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes a ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Las Partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario”<sup>40</sup>.

Al elegir claramente el decomiso como un instrumento fundamental en la política antidrogas Naciones Unidas ha dado impulso a la vertiente político-criminal basada en el combate financiero del delito (bien representada por la expresión “*follow the money*”<sup>41</sup>) en la que la tipificación de la conducta de blanqueo de dinero busca una estrategia de gran importancia. En este campo, la recomendación acerca de la inversión de la carga de la prueba<sup>42</sup> - aunque respetándose ciertos límites subjetivos<sup>43</sup> del derecho interno de cada país<sup>44</sup> - ha representado una clara opción por medidas más duras y contundentes en contra de la criminalidad<sup>45</sup>. Este conjunto de disposiciones dará origen a otras tantas normas posteriores en el campo del blanqueo de capitales y el combate de la financiación del terrorismo.

### **G. La cooperación internacional**

Otro punto que hay que destacar en la Convención hace referencia a los innegables avances en el campo de la *cooperación jurídica internacional* representada por la filosofía de buscar la creciente mejora en los sistemas nacionales de derecho

---

<sup>40</sup> El inciso 4 del artículo 5 describe el procedimiento modelo para el decomiso de bienes.

<sup>41</sup> La expresión, muy común en el periodismo de investigación, ha surgido alrededor de los años 70 en Estados Unidos. El Congreso estadounidense la registra en las declaraciones de Henry Peterson ante de la Comisión de Justicia del Senado de los Estados Unidos sobre el nombramiento de Earl J. Silbert para el cargo de Fiscal General de la Nación.

<sup>42</sup> Referida en el inciso 7: “7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.”

<sup>43</sup> Dice el inciso 8.: “Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.”

<sup>44</sup> Con la salvaguarda: “9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas que en él se prevén serán definidas y aplicadas de conformidad con el derecho interno de cada una de las Partes y con arreglo a lo dispuesto en él.”

<sup>45</sup> Como lo que establece el inciso 6 al disponer sobre los bienes convertidos: “a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo. b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar

dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado. c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados: i) del producto; ii) de los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o iii) de los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que el producto.”



penal con los consiguientes beneficios para el alcance y la eficacia del sistema. Esto se refleja en disposiciones como las del artículo 7 del Estatuto al establecer como meta que “las Partes se prestarán, a tenor de lo dispuesto en el presente artículo, la más amplia asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3”, disposición que supone una vía permanente de comunicación entre las autoridades de distintos países. El reflejo de una eficaz cooperación jurídica y policial en el marco de la lucha contra el delito de blanqueo de capitales es un factor decisivo para el éxito de la política criminal de los Estados modernos, y se ha convertido en una verdadera obsesión por parte del legislador contemporáneo.

## **H. Las personas jurídicas**

Quizás por el avance de la globalización y del universo corporativo, no ha escapado a la atención de los expertos la importancia que tienen las personas jurídicas en el seno de la delincuencia relativa al narcotráfico. La creciente utilización de las corporaciones y entidades financieras por la delincuencia organizada en el ámbito económico ha sido objeto de evidente preocupación desde los primeros intentos de establecer una legislación modelo acerca del problema del delito. Principalmente por cuenta de cierta presión ejercida por Estados Unidos - acorde con su actuación en contra del crimen organizado en los años 60 y 70 que se ha reflejado en una legislación muy eficaz en el campo de la delincuencia económica<sup>46</sup> - la postura de Naciones Unidas reconoce la necesidad de incluir a las personas jurídicas en el debate para la construcción de una política criminal que esté a la altura de los desafíos proporcionados

---

<sup>46</sup> El tratamiento jurídico de los denominados “*corporate crimes*” previsto, por ejemplo, en el art. 21 der USC sesión 848 y el art. 18 USC sesión 1961-1964 sobre la actuación del crimen organizado representan la forma pragmática con que la cultura norteamericana trata el problema.

por la delincuencia organizada y los delitos financieros<sup>47</sup>. Esta postura no ha dejado de considerar las diferencias entre las legislaciones en relación a la aplicación del derecho penal a las personas jurídicas abriendo camino a la quiebra de ciertos dogmas (como el conocido *societas delinquere non potest*) gradualmente abandonados por el Derecho Penal clásico en las últimas décadas, plasmándose en reformas de muchos Códigos Penales (como el Código Penal de Francia y, posteriormente, el de España) acerca del papel de las personas jurídicas en el seno del delito.

### **I. Aspectos preventivos**

La Convención de Viena, en lo que respecta al delito de blanqueo de capitales, ha tenido un fuerte impacto preventivo. El claro mensaje disuasorio de su texto se aprecia, por ejemplo, en el artículo 3.4. que dice: “Las Partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales, conforme a su derecho interno, relativas al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión respecto de esos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos”.

En este sentido, parece bastante claro que el instrumento abraza la estrategia de *prevención* como vía preferente al adoptar la aplicación de medidas preventivas como un verdadero principio. Son consecuencias de esta línea de acción el hoy conocido “sistema de cumplimiento” de las reglas de fiscalización de operaciones financieras<sup>48</sup>, la obligación de identificación de clientes, y asimismo la conservación de datos sobre las

---

<sup>47</sup> En este sentido el informe de 1990 en el cual se comentan las disposiciones de la Convención de Viena afirma “que hay que considerar es si las corporaciones, como entidades distintas de sus empleados, deben estar sujetas a responsabilidad penal por lavado de dinero. Respecto de esta cuestión, tanto la Convención de 1988 como la Convención de 1990 del Consejo de Europa guardan silencio, pero la cuestión se ha examinado en cierta medida a nivel internacional. En 1990, el Grupo de Acción Financiera adoptó, en la sexta de sus recomendaciones, la opinión de que “en la medida de lo posible” debía imponerse esa responsabilidad. Hay otro antecedente importante en el artículo 14 del Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, aprobado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1992. La creación de un sistema de responsabilidad penal corporativa ayuda a resolver numerosas dificultades que se pueden plantear cuando son personas jurídicas las que realizan el lavado de dinero. Por ejemplo, cuando las estructuras de gestión son complejas resultará difícil o imposible identificar a la persona o personas responsables de la comisión del delito. En esos casos, la imposición de la responsabilidad a la persona jurídica puede ser la única opción para que esa actividad no quede impune. Asimismo, una sanción impuesta a una institución en lugar de a un individuo puede actuar como catalizador para la reorganización de las estructuras de gestión y supervisión a fin de asegurar que no se realicen actividades similares en el futuro”.

<sup>48</sup> El llamado “*compliance*” es un aspecto esencial de la ética corporativa (*Business Ethics*) para el cumplimiento de las normas y estándares internacionales de prevención del blanqueo de dinero.

transacciones efectuadas durante determinados períodos de tiempo, mecanismos que han sentado las bases de un universo de medidas muy presentes en la realidad de los mercados financieros de la actualidad.

### **J. La financiación como elemento típico**

Por fin, el artículo “1.-v)” del texto final de la Convención de Viena<sup>49</sup> menciona las palabras “organización” y “gestión” para describir las actividades de los que participan en la delincuencia organizada pero se mantienen alejados de toda participación directa en el tráfico ilícito aunque dirigen las actividades de sus subordinados. En los Comentarios de la Convención de Viena de 1998<sup>50</sup> el grupo de expertos indica que “la palabra “financiación” abarca la disposición relativa al capital necesario para las operaciones ilícitas y parecería tener un significado más estrecho que el término “operaciones financieras” utilizado en la Convención de 1961”<sup>51</sup>. Esto demuestra que la utilización del término “financiación” con el significado de sustentación financiera permanente del delito tiene relevancia y fue aplicado hace casi medio siglo para designar situaciones que hoy se refieren principalmente a delitos como la financiación del terrorismo.

### **K. Vigencia**

La Convención de Viena ha sido, por lo tanto, discutida ampliamente por un centenar de países, y ha alcanzado un peso político fabuloso siendo rápidamente acogida por las diferentes naciones que han ratificado de inmediato el documento<sup>52</sup>. El texto de la Convención ha influido en la legislación penal de los países, y en el caso de España no ha sido diferente. En este sentido, ABEL SOUTO recuerda que la reforma

---

<sup>49</sup> “1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: v) la organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv);”

<sup>50</sup> Cfr. Comentarios a la Convención de Viena, ob. cit., pág. 51.

<sup>51</sup> El referido documento ha sido plasmado en la legislación interna en el año 1966 (B.O.E. de 22 de abril de 1966) y posteriormente modificado el 25 de marzo de 1972 por el Protocolo de Ginebra (B.O.E. de 15 de febrero de 1977). En su artículo 36.2.a (ii) los Estados miembros estaban invitados a considerar como delitos las operaciones financieras relacionadas con los delitos relativos a drogas.

<sup>52</sup> En este sentido ABEL SOUTO recuerda que “la rapidez con la que se sucedieron las ratificaciones fue inusual pese a las perspectivas nada halagüeñas del informe elaborado en 1990 por el Grupo de Acción Financiera en el que figuraba la previsión de que la Convención podía tardar varios años en entrar en vigor dada la complejidad del proceso de ratificación y puesta en funcionamiento, lo cual no sorprende habida cuenta de que hasta la fecha de redacción del informe únicamente Bahamas, China, Nigeria y Senegal habían ratificado la Convención. Así pues, a diferencia de otras convenciones concluidas bajo los auspicios de las Naciones Unidas, este instrumento pronto contó con el número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, incluso fue tal la celeridad con la que se obtuvieron las veinte ratificaciones requeridas que casi se estableció un tiempo récord” Cfr. El blanqueo de dinero en la normativa internacional, ob. cit., pág. 81.

del Código penal español llevada a cabo por la LO 8/1992, de 23 de diciembre, así como el artículo 301 del Código Penal de 1995 fueron inspirados claramente en el tratado<sup>53</sup>. El instrumento también ha sido incorporado a la legislación de Brasil<sup>54</sup> mediante la ratificación ocurrida el 26 de junio de 1991, por medio del Decreto número 154.

Además de la Convención de Viena las Naciones Unidas han elaborado otros documentos relacionados con el tema del blanqueo de capitales principalmente para fomentar acciones por parte de los países miembros en contra de este tipo de delincuencia. Tales pronunciamientos se han dado a conocer por medio de diferentes instancias dentro del organismo por medio de informes, notas, resoluciones, y análisis de las normas e iniciativas en esta materia. Por ejemplo se puede mencionar el informe del IMOLIN en el ámbito del Programa Global contra el Blanqueo de Capitales titulado “El blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo: la respuesta de Naciones Unidas”<sup>55</sup>.

#### **L. Juicio crítico**

Es imprescindible reconocer que la aprobación de la Convención de Viena abrió el camino hacia un significativo cambio del sistema legal en frentes muy importantes para el combate y control del delito al fomentar la asistencia judicial mutua y recíproca<sup>56</sup>, la cooperación internacional<sup>57</sup>, y el decomiso de bienes<sup>58</sup> relacionados con el narcotráfico. También es cierto que la Convención ha permitido un significativo desarrollo del tratamiento de las consecuencias económicas del delito de tráfico de drogas bajo el enfoque penal, principalmente al establecer la obligación por parte de los países firmantes de reprimir no sólo el narcotráfico sino también el blanqueo de capitales, iniciativas que siguen vigentes en la actualidad.

---

<sup>53</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M., El blanqueo de dinero en la normativa internacional, ob. cit., pág. 80.

<sup>54</sup> En Brasil la convención tiene fuerza de ley y también ha influido en la legislación interna, principalmente en la que se refiere al narcotráfico y al blanqueo de capitales.

<sup>55</sup> Publicado por United Nations Office on Drugs and Crime Office (Vienna International Centre), accessible en: <http://www.imolin.org/pdf/imolin/UNres03s.pdf>

<sup>56</sup> Por ejemplo en el campo de la extradición, prevista en el art. 6.

<sup>57</sup> Véase el art. 7.

<sup>58</sup> Cfr. el art. 5.

Es correcta la afirmación de FABIÁN CAPARRÓS en el sentido de que “indudablemente, la Convención de Viena representa un verdadero punto de inflexión en la política a seguir en el marco de la lucha contra el lavado de capitales”<sup>59</sup>.

Sin embargo, como señala ABEL SOUTO “las disposiciones relativas al blanqueo contenidas en la Convención revelan numerosos defectos” y el instrumento ofrece un conjunto de “generosas normas penales de compleja formulación y detestable técnica jurídica” que se presentan como “el resultado de una mecánica superposición de bien diversos criterios de incriminación”<sup>60</sup>. Sin embargo, como reconoce el mismo autor, la Convención de Viena constituye el mayor elemento de impulso de las posteriores iniciativas emprendidas por los diversos Estados en cuyas legislaciones influyó, bien directa o bien indirectamente.

Este paso evolutivo ha sido el primer peldaño de otros instrumentos que serán estudiados a continuación<sup>61</sup>, y ha abierto el camino a la difusión internacional de los tipos penales sobre blanqueo de dinero.

Pero algo parece haberse perdido en medio del camino, pues el delito de blanqueo de dinero - que originariamente aparece de forma tangencial en la discusión acerca de la droga - ha pasado a representar un verdadero *instrumento* en manos del legislador, atribuyéndole en los últimos tiempos la función de protección de bienes jurídicos en segundo grado, funcionando como una segunda carga penal permanente en relación a hechos considerados graves por su vulnerabilidad a bienes jurídicos de relieve.

Justamente el gran éxito político-criminal inicial de la Convención ha animado al legislador en todas partes del mundo a seguir formulando nuevos documentos generales acerca del combate del delito, especialmente aquellos de especial gravedad (como el crimen organizado y la corrupción), y también ha impulsado la creciente actividad legislativa en el campo de la delincuencia económica, el terrorismo y su financiación.

---

<sup>59</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: El delito de Blanqueo de Capitales..., op.cit. pág. 193.

<sup>60</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, ob. cit., pág. 114.

<sup>61</sup> Como las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera, la Convención del Consejo de Europa, las Directivas Europeas, etc.

A partir de ahí se ha confirmado una tendencia preferente por la utilización del blanqueo de capitales como una vuelta de tuerca más en la represión penal, sin grandes preocupaciones acerca de la pertinencia dogmático-científica que ello representa y sin los pudores propios de una manera consecuente de legislar de acuerdo con el viejo y tradicional Derecho Penal.

El coste de esta expansión de regulación penal *metanormativa* ha traído consecuencias muy relevantes acerca del diseño legislativo penal de lo que hoy se encuentra plasmado en los diferentes tipos penales de los distintos países, siendo una de las causas del adelantamiento de las barreras de protección de la norma penal a niveles nunca antes vistos, lo que, de cierta manera, ha contribuido a erosionar aún más la coherencia del tradicional sistema de garantías construido a lo largo de la historia por el Derecho Penal.

### **2.1.2. La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**

El creciente peligro representado por la delincuencia organizada se ha acentuado en la segunda mitad del siglo pasado determinando la adopción de respuestas legislativas cada vez más duras y complejas para su prevención y represión. Como subraya FABIÁN CAPARRÓS, la necesidad de armonización de las legislaciones de diferentes países<sup>62</sup> ha conducido a una estrategia global en el seno de las Naciones Unidas que culmina en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia

---

<sup>62</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: El delito de Blanqueo de Capitales..., op.cit. pág. 166 que afirma: “Durante los años ochenta comenzó a compartirse la idea de que nos hallábamos ante un fenómeno básicamente transnacional que, como tal, sólo podría controlarse a través de una auténtica armonización legislativa entre los diferentes países”.

Organizada Transnacional celebrada en Palermo, Italia, realizada del 12 al 15 de diciembre de 2000<sup>63</sup>. Esta Convención fue ratificada por España<sup>64</sup>.

El propósito de la Conferencia de Palermo fue la adopción de un documento único y general sobre la “cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”<sup>65</sup>.

El texto de la Convención trata el tema del blanqueo de capitales especialmente en los artículos 6 y 7, reproduciendo en gran medida lo que antes había sido definido en el ámbito de la Convención de Viena de 1988, estatuto precursor del movimiento de criminalización de conductas de este tipo. El artículo 6 indica el criterio de imputación mientras que el artículo 7 se refiere a aspectos de prevención delictiva.

En concreto, la obligación de “penalización del blanqueo del producto del delito” está dispuesta en el artículo 6 de la Convención<sup>66</sup>, siempre “de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno”.

En el campo de la intencionalidad se establece como base la tipificación de actos “cuando se cometan intencionalmente” o “a sabiendas” de que los bienes son producto del delito, siempre con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes

---

<sup>63</sup> En el prólogo de la Convención se declara que “la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. La Convención nos facilita un nuevo instrumento para hacer frente al flagelo de la delincuencia como problema mundial. Fortaleciendo la cooperación internacional podremos socavar verdaderamente la capacidad de los delincuentes internacionales para actuar con eficacia y ayudaremos a los ciudadanos en su a menudo ardua lucha por salvaguardar la seguridad y la dignidad de sus hogares y comunidades. La firma de la Convención en Palermo en diciembre de 2000 marcó un hito en el fortalecimiento de nuestra lucha contra la delincuencia organizada.”

<sup>64</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, BOE número 233 de 29/9/2003, páginas 35280 a 35297.

<sup>65</sup> Dice el artículo 1 de la Convención: “El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.”

<sup>66</sup> Así redactado: “1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito; b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito; ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.”

o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las respectivas consecuencias jurídicas, o para la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos.

Son ejemplos de conductas a ser reprimidas los comportamientos de adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas en el momento de su recepción de que son producto del delito, y la participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a dicho artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

En el campo de los llamados “delitos determinantes” la Convención amplía de manera importante el espectro de incidencia de la norma<sup>67</sup>, al establecer que cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 a la gama más amplia posible de delitos determinantes e incluirá en tal categoría todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la misma Convención.

La redacción del artículo “2 h)” establece que por “delito determinante” se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 sin excluir que los Estados Parte puedan formular una lista de delitos determinantes. Incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados, e incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado (situación de extraterritorialidad incidente siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se hay cometido y constituya

---

<sup>67</sup> Artículo 2.: “Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo: a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes; b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados; c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se hay cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí; d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;”



asimismo delito con arreglo al derecho interno) y un camino abierto para la incidencia del polémico principio de doble incriminación. La ausencia de una lista de delitos determinantes podría ser suplida con la inclusión en esta categoría de como mínimo, los delitos relacionados con grupos delictivos organizados.

Aunque la definición del delito de blanqueo de capitales sea prácticamente idéntica a la contenida en el Convenio de Viena (acerca de las drogas) en el ámbito de la delincuencia organizada la amplitud concreta es sensiblemente mucho más amplia teniendo en cuenta el listado de conductas determinantes.

El artículo 2 “a)” define que como “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Por otro lado la incidencia del delito de blanqueo de capitales está pensada para abarcar todo “delito grave” (que conforme el artículo 2 se entenderá por grave toda conducta que constituya un ilícito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave) además de la participación en un grupo delictivo organizado (artículo 5), la corrupción (artículo 8) y el delito de obstrucción de la justicia (artículo 23).

Por su parte, el artículo 7 contiene medidas para combatir el blanqueo de capitales, desde una vertiente preventiva. Así, se obliga a los Estados Parte a establecer una reglamentación para supervisar a los bancos e instituciones financieras, así como a otros sujetos susceptibles de ser empleados para el blanqueo de capitales, para prevenir y detectar el blanqueo, régimen que ha de incluir obligaciones tales como la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas. Así, el artículo 7 concentra los aspectos de cooperación en el campo de la lucha antiblanqueo teniendo como guía las iniciativas de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales con la finalidad de que las autoridades nacionales de lucha contra el blanqueo sean en el futuro capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional dentro del concepto administrativo de “inteligencia financiera”, esforzándose por promover la cooperación a escala mundial, entre las autoridades judiciales, las de regulación financiera y otras

competentes, para combatir el blanqueo de capitales, aplicando medidas viables para detectar y vigilar el tráfico transfronterizo de efectivo sin restringir la circulación de capitales lícitos.

Por estas razones se considera que la normativa del año 2000 ha ampliado considerablemente el espectro de incidencia de la norma abriendo paso para que, en los años siguientes (principalmente a fuerza del avance del problema del terrorismo) se implementase la expansión de la norma penal en diferentes ámbitos.

### **2.1.3. La Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción**

El siempre presente problema de la corrupción también ha determinado la búsqueda de respuestas a nivel normativo internacional<sup>68</sup>, principalmente considerando los negativos efectos que este tipo de delincuencia tiene sobre la estabilidad política y económica de los países. Por otro lado, el blanqueo de capitales cobra protagonismo también en esta materia precisamente porque las conductas relacionadas con la corrupción suelen estar vinculadas a la circulación de capitales ilícitos<sup>69</sup>.

Esta relación se pone de manifiesto en el texto de la propia Exposición de Motivos de la Convención cuando el legislador de Naciones Unidas afirma textualmente que los Estados Parte han decidido adoptar el instrumento “preocupados por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero” y

---

<sup>68</sup> En respuesta, la Asamblea General de Naciones Unidas ha determinado por medio de la Resolución 55/61, de 4 de diciembre de 2000, la creación un comité especial encargado de negociar un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción y pidió al Secretario General que constituyera un grupo intergubernamental de expertos de composición abierta a fin de que examinara y preparara un proyecto de mandato para la negociación de ese instrumento, así como su resolución 55/188, de 20 de diciembre de 2000, en la que invitó al Grupo Intergubernamental de Expertos de composición abierta, que debía constituirse de conformidad con lo dispuesto en la resolución 55/61, a que examinara la cuestión de los fondos transferidos ilícitamente y la repatriación de esos fondos a sus países de origen. Esta estrategia ha atendido a lo dispuesto en la la Resolución 2001/13 del Consejo Económico y Social, de 24 de julio de 2001, titulada “Fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluido el blanqueo de capitales, así como para repatriarlos”.

<sup>69</sup> Los motivos que han llevado a la adopción de una Convención específica sobre el problema guardan relación con la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible. La adopción de una estrategia de este tipo lleva en consideración que “enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley”.

que “los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados”.

Fue en este contexto que nació la Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción<sup>70</sup>, también llamada “Convención de Mérida” (ciudad de México donde, el día 9 de diciembre de 2003, se ha abierto a la firma de los países) instrumento que sirve de base para una mejor estrategia en la lucha contra el delito. Esta Convención también fue ratificada por España<sup>71</sup>.

Una doble vertiente – preventiva y represiva – se ha adoptado en relación al problema teniendo como meta la tipificación de delitos antecedentes y previos a la circulación ilícita de capitales, encarando el delito de blanqueo de capitales como una pieza clave en la lucha contra la corrupción.

En el campo de la prevención el artículo 14 de la Convención define una serie de medidas para impedir el blanqueo de dinero, obligando a cada Estado Parte a:

a) Establecer un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero. En dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas;

b) Garantizar que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información en los ámbitos nacional e internacional, de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia

---

<sup>70</sup> Accesible en [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf)

<sup>71</sup> Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, BOE número 171 de 19/7/2006, páginas 27132 a 27153.

financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

Asimismo, se exige de los Estados Parte la aplicación de medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

Los mecanismos informáticos y de documentación de datos han reforzado la tendencia creciente de exigir a las instituciones financieras (especialmente las que remiten dinero) la adopción de formularios de transferencia electrónica de fondos y mensajes conexos, una información exacta y válida sobre el remitente durante todo el ciclo de pagos, dejando constancia de informaciones completas sobre el remitente y el destinatario.

La vía de cooperación internacional ha sido elegida como el camino preferente señalado a los Estados a fin de combatir el blanqueo de dinero por medio de un esfuerzo conjunto para establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales y las unidades administrativas de inteligencia para el cumplimiento de la ley y de la reglamentación financiera.

El artículo 23 de la Convención establece el compromiso de tipificación del delito de blanqueo de capitales de forma amplia, abarcando el mayor número de delitos posibles de ser definidos como antecedentes o previos.

#### **2.1.4. El Programa Mundial contra el Blanqueo de Dinero en el ámbito de las Naciones Unidas**

La respuesta de Naciones Unidas al blanqueo de dinero y a la financiación del terrorismo se ha manifestado en diferentes ámbitos y de distintas formas. Además de su importante trabajo a nivel intergubernamental y sus imprescindibles gestiones entre las naciones para que los Estados manifiesten su pensamiento en un foro neutro, libre y

amplio, el organismo ha instado a los países a participar en la formulación de importantes documentos internacionales que hoy sirven de parámetro político-criminal y modelo inspirador de normas penales.

Entre los instrumentos de Naciones Unidas que persiguen el blanqueo de capitales destacan:

- a) La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988;
- b) La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada internacional;
- c) La Declaración Política y Plan de Acción contra el blanqueo de dinero;
- d) La Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la delincuencia organizada.

El organismo así expresa su preocupación por el problema del blanqueo de capitales y sus relaciones con la financiación del terrorismo:

“Desde el comienzo mismo de la lucha contra el blanqueo de dinero a nivel internacional, las Naciones Unidas han asumido un activo papel a fin de promover la armonización de las medidas de lucha y el fortalecimiento de la cooperación internacional. La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada en Viena en diciembre de 1988, fue el primer instrumento internacional en que se abordó la cuestión del producto del delito y se prescribió a los Estados que tipificaran el blanqueo de dinero como delito. El fundamento de la lucha contra el blanqueo de dinero es atacar a las organizaciones delictivas transnacionales en su punto más vulnerable. El dinero generado por las actividades delictivas es difícil de esconder; a veces, constituye la prueba principal del delito cometido. Es posible identificar las transferencias de fondos delictivos en los sistemas financieros si se cuenta con mecanismos de alerta adecuados. Desde fines del decenio de 1980, los Estados se han esforzado por establecer esos mecanismos de alerta para que el producto del delito se pueda identificar, incautar y decomisar en cualquier parte en que se encuentre. La Oficina contra la Droga y el Delito ha recibido el mandato de velar por que no haya brechas o subterfugios en el mecanismo internacional,

prestando asistencia a los Estados Miembros en la ejecución de sus políticas contra el blanqueo de dinero, incluida la promulgación de legislación pertinente que abarque medidas contra el blanqueo de dinero y normas de reglamentación de los servicios financieros reconocidas en el plano internacional. En la Declaración política aprobada en junio de 1998 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su período extraordinario de sesiones dedicado a la acción común para contrarrestar el problema mundial de las drogas se reafirma la validez de esa estrategia. Diez años después de aprobada la Convención de 1988, la Asamblea General mejoró y actualizó ese instrumento al aprobar un plan de acción llamado “Medidas contra el blanqueo de dinero” para perfeccionar y fortalecer aún más la acción de la comunidad internacional contra la economía delictiva a nivel mundial. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional quedó abierta a la firma en diciembre de 2000. De conformidad con las disposiciones de la Convención, se considera incluido en el ámbito del blanqueo de dinero el blanqueo del producto derivado de la comisión de cualquier delito grave. En la Convención se insta a los Estados Parte a que cooperen entre sí para descubrir e investigar los casos de blanqueo de dinero y enjuiciar a los responsables. Las Partes están obligadas a reforzar los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas. También se recomienda a las Partes que establezcan dependencias de inteligencia financiera para la recopilación, el análisis y la difusión de información. Tras los acontecimientos ocurridos el 11 de septiembre de 2001, los Estados Miembros de las Naciones Unidas destacaron los vínculos que existían entre el terrorismo, la delincuencia organizada transnacional, el narcotráfico internacional y el blanqueo de dinero y exhortaron a los Estados que aún no lo hubiesen hecho a adherirse a los convenios y convenciones internacionales pertinentes, entre ellos el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó la resolución 1373 (2001), en virtud de la cual estableció el Comité contra el Terrorismo, encargado de vigilar la aplicación de la resolución, por la que se insta a los Estados a que prevengan y repriman la financiación de los actos de terrorismo. En cumplimiento de lo dispuesto en la resolución, muchos Estados han venido aplicando medidas preventivas y penales contra el blanqueo de dinero a fin de combatir la financiación del terrorismo.”<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Exposición de motivos del documento oficial de la ONU: “El blanqueo de dinero y la Financiación del

Estas razones explican de forma clara cuál es el enfoque dado por Naciones Unidas acerca de esta materia, y posibilita formular la afirmación de que la política-criminal antiblanqueo y antifinanciación del terrorismo es una meta permanente, sólida, fortalecida a lo largo de los años, y expansionista.

Como se verá más adelante esta tendencia se ha plasmado en la legislación de los distintos países, y el caso de España no ha sido diferente.

Comentando el tema BLANCO CORDERO<sup>73</sup> señala que el Programa Mundial contra el Blanqueo de Dinero (GPML, *Global Programme against Money-Laundering, Proceeds of Crime and the Financing of Terrorism*), es el instrumento más importante del que dispone la organización internacional en esta materia, pues a través de esta estrategia Naciones Unidas persiguen reforzar la capacidad de los Estados miembros para aplicar medidas contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo, y ayudarles en la detección, embargo y decomiso de los productos del delito, mediante la prestación de asistencia.

Esta estrategia está basada en la cooperación internacional, coordinación, administración y una red de intercambio de informaciones sobre el blanqueo de capitales. Para alcanzar tales objetivos de comunicación técnica Naciones Unidas se vale de un organismo llamado ImoLIN (*International Money Laundering Information Network*)<sup>74</sup> que reúne once organizaciones colaboradoras y concentra una base de datos mundial sobre el análisis de la normativa de la materia<sup>75</sup> concentrando documentos sobre las más destacadas investigaciones antiblanqueo, un informe actualizado de legislaciones nacionales y una memoria de acontecimientos y registros sobre todo lo que es relevante en el tema de blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo.

Por razones obvias muchas de las informaciones que figuran en esta base de datos no son accesibles, o más bien, dependen de niveles de autorización para que puedan ser conocidas. En resumen, este programa sirve de base para la creación de nuevas estructuras administrativas e inspira legislaciones y normas sobre la materia.

---

Terrorismo: la respuesta de las Naciones Unidas” (accesible en [www.imolin.org](http://www.imolin.org)).

<sup>73</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 115 y ss., aquí ampliamente referido por ser una de las obras más detalladas y actualizadas publicadas en España sobre la materia.

<sup>74</sup> Para conocer en detalles el organismo se puede acceder a su sitio en internet: <http://www.imolin.org>.

<sup>75</sup> Esta base de datos es conocida por la sigla “AMLID”.

Una de las ideas mas positivas derivadas de este programa es la creación de “Legislaciones Modelo” que sirven de base para la futura producción normativa por parte de los Estados y también de inspiración para instrumentos normativos supranacionales<sup>76</sup>.

El sistema jurídico continental europeo, basado mayoritariamente en el Derecho escrito en el momento de poner en marcha el proceso legislativo no está vinculado a tales estándares. Sin embargo, como estos instrumentos se encuentran respaldados por acuerdos, tratados e incluso compromisos multilaterales, es importante reconocer que su influencia sobre la modernización del sistema jurídico-penal es innegable y permite afirmar que el resultado final de la política-criminal que impera actualmente en el mundo es fruto de esfuerzos de esta naturaleza.

Creo que este es uno de los puntos más importante entre todas las iniciativas que se han tomado en las últimas décadas en el campo de la lucha contra la macrocriminalidad, sea ella relacionada con el blanqueo de capitales, sea relativa al terrorismo y su financiación.

Los motivos que permiten realizar esta conclusión son básicamente los siguientes:

- a) Este modelo corresponde a una unión de esfuerzos, lo que es fundamental para encarar los desafíos propuestos por la criminalidad de larga escala.
- b) La reunión de esfuerzos que se realiza está basada en la acumulación y el intercambio de informaciones, en la cooperación internacional y en la ruptura de barreras de comunicación.
- c) Una unificación de iniciativas posibilita la concentración de energías de forma más positiva y permite que desde diferentes perspectivas y fuentes se puedan direccionar metas y tareas en favor de objetivos comunes.
- d) Por consiguiente, la existencia de estándares y modelos normativos evita la redundancia de esfuerzos, el gasto de tiempo y medios, eliminando incongruencias que puedan impedir acciones concretas en este campo.

---

<sup>76</sup> De estas iniciativas han resultado, por ejemplo, la Ley Modelo sobre blanqueo de dinero y financiación del terrorismo, de 1 de diciembre de 2005 (Model legislation on money laundering and financing of terrorism) y La Ley Modelo de Naciones Unidas, sobre blanqueo y financiación del terrorismo, medidas preventivas y productos del delito, de abril de 2009 (United Nations/Commonwealth Secretariat/International Monetary Fund-Model Provisions on Money Laundering, Terrorist Financing, Preventive Measures and Proceeds of Crime).



- e) También es relevante porque genera un canal de comunicación entre instituciones que tienen interés en esta materia<sup>77</sup>.
- f) Por fin, un sistema pensado de manera democrática a nivel mundial relativiza fronteras sin quebrantar la soberanía de los Estados, que continúan con libertad para elegir los mejores caminos para su política-criminal interna.

## 2.2. Normativa Europea

### 2.2.1. La Recomendación R80 y las primeras iniciativas

Como afirma FABIÁN CAPARRÓS la primera iniciativa internacional relativa al blanqueo de capitales fue la Recomendación R (80) 10, adoptada el 27 de junio de 1980 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la que se aconsejaba a los Estados miembros la adopción de una serie de medidas destinadas a evitar la transferencia y el encubrimiento de capitales procedentes de actividades criminales. Sin embargo, esta Recomendación (aun constituyendo un hito al que resulta inevitable referirse) no merece ser considerada, en sí misma, el punto de partida de una auténtica política criminal internacional orientada a combatir el blanqueo de capitales sino que representa un instrumento que ha recopilado por primera vez una serie de observaciones respecto al inestimable papel que pueden desempeñar las instituciones financieras en la investigación de delitos cometidos por móviles económicos, razón por la cual este autor afirma que “por consiguiente, en ella no estuvo presente la idea de proteger –cuando menos, de forma inmediata- ningún bien jurídico, sino tan solo la de aconsejar la adopción de ciertas medidas dirigidas a garantizar el descubrimiento y, en última instancia, el enjuiciamiento y condena de ciertos actos criminales”<sup>78</sup>.

CERVINI<sup>79</sup> recuerda un antecedente de esta iniciativa: la *Convención Relativa a la Obligación de Diligencia de los Bancos en el marco de la Asociación de*

---

<sup>77</sup> Desde las fuerzas de seguridad del Estado, el sistema judicial, hasta organismos como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial, la Secretaría de la Commonwealth, el Grupo de Egmont que agrega Unidades de Inteligencia Financiera, la Organización Internacional de Comisiones de Valores, la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros, etc.

<sup>78</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito de Blanqueo de Capitales...*, op.cit., pág. 190.

<sup>79</sup> En el análisis de los documentos nos hemos inspirado en la vastísima experiencia de Raul CERVINI expresada en nuestro libro en común “Lei de lavagem de capitais”. Sao Paulo 1998, páginas 109 y siguientes. Iremos seguir estas referencias sobre este asunto.

*Bancos Suizos (1977-1987)*. Este instrumento era en realidad un acuerdo corporativo (entre instituciones financieras) celebrado en el marco de la Asociación de Bancos Suizos por el cual se establecieron mecanismos de regulación de conductas en el área bancaria, cuya observancia se estableció como recíprocamente obligatoria entre las instituciones y su incumplimiento resultó susceptible de ser sancionado con multas y otras penalidades en favor de la Asociación de Bancos Suizos<sup>80</sup>.

Por distintas razones, la iniciativa adoptada por la banca suiza a través de la Asociación de Bancos Suizos constituye un elemento muy importante en materia de preservación de un sistema bancario responsable. Ante todo, merece destacarse el hecho de que la Convención Relativa a la Obligación de Diligencia de los Bancos fue el primer ensayo para adoptar reglas destinadas a regular la conducta de la profesión bancaria con el propósito de prevenir ser utilizados por el crimen organizado. CERVINI afirma que la eficacia de estas normas queda demostrada por el hecho de que sirvieron de inspiración a posteriores planteamientos a nivel intergubernamental, y otras iniciativas plasmadas por la vía de leyes o reglamentaciones en países de la Unión. Fundamentalmente, la Convención tiene por finalidad atacar el intento de anonimato de aquellos que pretenden servirse del sistema financiero para blanquear fondos de origen criminal. Para alcanzar este objetivo, la Convención se esfuerza, por vía de una serie de medidas técnicas, en imponer la correcta y fidedigna identificación del cliente del banco, cualesquiera sean las operaciones que éste realice, incluso operaciones de caja por monto superior a cien mil francos. La Convención establece, también, la obligación de identificar, no sólo la persona del contratante ostensible del Banco, sino también el verdadero titular del derecho económico, conocido como cliente sustantivo, cuando hubiera lugar para dudar que el propio cliente ostensible (cliente formal) no sea el propio y verdadero interesado en las operaciones. Otras disposiciones refieren al ámbito de los clientes corporativos y obligan a los bancos a identificar al verdadero titular del derecho económico, cuando se trata de “sociedades de domicilio” o “sociedades buzón”, es decir, de empresas sin verdadera actividad económica, constituidas solo formalmente para ocultar la identidad de las personas físicas realmente titulares de los bienes atribuidos a la sociedad. El Gobierno Suizo ha reconocido que la Convención no solamente ha contribuido a mejorar el nombre de la plaza financiera de ese país, sino

---

<sup>80</sup> Sancionada el 9 de diciembre de 1977, la Convención sufrió distintas modificaciones en su texto principal hasta su última versión adoptada el 1.º de octubre de 1987.

que también ha suscitado un interés muy vivo en el plano internacional en razón de la originalidad de las soluciones ensayadas en su momento<sup>81</sup>.

A esta iniciativa le ha seguido la formulación de la Declaración de Principios de Basilea, aprobada el 12 de diciembre de 1988 en la ciudad suiza por el Comité sobre Regulación y Supervisión Bancaria<sup>82</sup>. No obstante, este documento no ha pasado de ser una mera carta de principios éticos y deontológicos “carente de toda clase de efectos jurídicos coercitivos en tanto su contenido no fuera fijado, mediante su transformación en Derecho positivo interno, por los diversos ordenamientos nacionales”<sup>83</sup>. En este sentido CERVINI describe que el Comité de Regulaciones y Prácticas de Supervisión Bancaria formado en Basilea por los directores de los Bancos Centrales del Grupo de los Diez (las diez mayores potencias industriales del mundo) emitieron la referida declaración de principios, verdadero código de comportamiento destinado a las instituciones financieras de todo el mundo. Esta declaración fue ratificada por la *Banking Circular 231 del OCC*<sup>84</sup>.

Entre los principios que consagra se encuentran:

a) Identificación del cliente: para asegurar que no son usados para canalizar fondos de origen criminal, los bancos deben hacer esfuerzos razonables para determinar la verdadera identidad de todos los clientes que requieran sus servicios, particularmente en el caso de los titulares de cuentas de depósito, y de aquéllos que usen servicios de cajas de seguridad y de custodia. Para ello, los bancos deben establecer explícitamente una política en el sentido de no realizar transacciones significativas con clientes sin tener evidencia suficiente de su identidad.

b) Cumplimiento de las leyes y reglamentos: los bancos deben asegurar que conducen sus negocios con altos estándares éticos y en estricta observancia de las leyes vigentes. Se entiende que no siempre

---

<sup>81</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: *Lei de lavagem de capitais...*, op.cit. pág. 111.

<sup>82</sup> Afirma el preámbulo del documento: “la confianza del público en los bancos y, por consiguiente, la estabilidad de éstos pueden verse perjudicadas por una publicidad desfavorable como consecuencia de la asociación involuntaria de los bancos con los delincuentes. Los bancos pueden exponerse por los mismos a pérdidas directas debido al fraude, bien porque den pruebas de negligencia al aceptar clientes indeseables o bien por la complicidad de alguno de sus empleados con los delincuentes. Por estos motivos, los miembros del Comité de Basilea opinan que los supervisores bancarios deben fomentar el respeto de las reglas de deontología por parte de los bancos y de otras instituciones financieras”.

<sup>83</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: *El delito de Blanqueo de Capitales...*, op.cit., pág. 191.

<sup>84</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: *Lei de lavagem de capitais...*, op.cit. pág. 112.

podrán saber si las operaciones que realizan por cuenta de clientes se relacionan con alguna actividad ilegal. Para limitar tal posibilidad, los bancos no deben ofrecer servicios o aceptar transacciones cuando tengan razones para sospechar que los fondos provienen de actividades criminales o de lavado de dinero.

c) Cooperación con las autoridades: los bancos deben cooperar activamente con las autoridades policiales y judiciales hasta donde lo permitan las leyes del secreto bancario vigentes en los respectivos países. Cuando tengan razonable presunción de que el dinero manejado por el cliente deriva de actividades criminales o es de origen dudoso, deben tomar medidas conformes con la ley, discontinuando la relación o negando asistencia al cliente en la transacción que solicita.

d) Adhesión a los principios admitidos como esenciales en relación a la materia: los bancos deben asegurar que su estructura organizativa está informada de la política de la institución en relación a los aspectos de prevención y proveer entrenamiento para que se cumpla la respectiva normativa. Deben igualmente establecer procedimientos de identificación de clientes y de conservación de registros de las transacciones; fomentar actividades de control y auditoría para asegurar la adhesión a estos principios<sup>85</sup>.

La *Declaración de Principios de Basilea* fue formalmente adoptada en 1988 por los Gobernadores de los Bancos Centrales del Grupo de los Diez, reunidos en el seno del *Banco de Compensaciones Internacionales*. El documento tiene como filosofía central el objetivo de fomentar la supervisión bancaria de operaciones sospechosas y parte del concepto de que la confianza pública en los bancos puede verse deteriorada a través de su asociación involuntaria con prácticas criminales. En este sentido los principios establecidos en la Declaración de Basilea se inspiran en el sistema de normas *autorregulatorias*<sup>86</sup> como forma de comprometer a las entidades bancarias a realizar todas las diligencias pertinentes a fin de identificar de forma precisa a sus clientes, así como exigir de sus empleados el estricto cumplimiento de las leyes y regulaciones relativas a la instrumentación de las transacciones y transferencias financieras. Sin

---

<sup>85</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: *Lei de lavagem de capitais...*, op.cit. pág. 113.

<sup>86</sup> De las cuales el antecedente inmediato ha sido la Carta de Principios de la Asociación de Bancos Suizos del año 1982.

establecer medidas sancionadoras el documento imponía de forma deontológica a las instituciones financieras la obligación de abstenerse de participar en operaciones que aparecieran como sospechosas de estar de alguna forma conectadas con el blanqueo de dinero. Fue en esta época en la que la cooperación internacional ha ganado considerable impulso por ser percibida desde entonces como un mecanismo a disposición del sistema financiero y de los órganos estatales para combatir la práctica delictiva en el sector bancario. Aunque sin establecer sanciones, la Declaración de Principios de Basilea ha abierto un espacio para acuerdos formales entre los bancos y ha permitido compromisos recíprocos entre instituciones de diferentes países. También ha potenciado una serie de nuevas regulaciones administrativas para asegurar el cumplimiento de tales principios. Todo este proceso evolutivo fue la base de posteriores modificaciones legislativas internas en los países miembros de la Unión Europea.

En resumen, este desarrollo marca una característica evolutiva: el problema ha empezado a ser tratado por medio de acuerdos intercorporativos a nivel nacional e internacional, para posteriormente evolucionar hacia acuerdos y tratados entre Estados. Esta evolución ha avanzado de manera inexorable hacia la uniformización de la legislación y de los mecanismos de combate y control del blanqueo de capitales.

Por fin, otra iniciativa original relevante fue la adoptada entre los días 27 de noviembre y 1 de diciembre de 1989, ocasión en que la Asamblea General de la OIPC-Interpol emitió una Resolución que tenía un carácter orientativo para las fuerzas encargadas de la investigación. Como afirma BLANCO CORDERO “la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), con base en Lyon (Francia), ha desempeñado una labor muy importante en la promoción de la cooperación y asistencia entre los Estados en la investigación del blanqueo de capitales. La función más importante de la INTERPOL es proporcionar asistencia técnica y formación para combatir el blanqueo de capitales”.<sup>87</sup> Esta Resolución no tenía carácter sancionador pero ha supuesto un marco esencial en el ambiente policial pues ha inspirado muchas de las técnicas de investigación de la época.

### **2.2.2. La Convención del Consejo de Europa sobre el blanqueo de 1990 e iniciativas contemporáneas a este documento**

---

<sup>87</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro – El delito de blanqueo de Capitales, ob. cit., pág. 145.

A finales de los años 70, el Consejo de Europa inició el examen de los graves problemas que planteaba para los países europeos el blanqueo de dinero de origen delictivo utilizado frecuentemente para la comisión de nuevos delitos.

Como bien describe BLANCO CORDERO “uno de los objetivos principales de la Convención del Consejo de Europa es obligar a los Estados a adoptar medidas eficaces en sus ordenamientos jurídicos internos para combatir los delitos graves y privar a los delincuentes de sus ganancias. Puesto que no todos los Estados disponen de legislación interna eficaz en esta materia, la Convención del Consejo de Europa prevé un conjunto completo de normas que abarcan todas las fases del procedimiento, desde la investigación hasta la imposición y ejecución de una sentencia de confiscación. Con respecto al blanqueo de capitales, toma como modelo la Convención de Naciones Unidas empleando en lo posible la misma terminología y sistemática. El artículo 6 de la Convención sobre el blanqueo regula los delitos de blanqueo. Primero, se exige a las partes firmantes tipificar penalmente el blanqueo de capitales en su derecho interno, cuando haya sido cometido intencionalmente.”<sup>88</sup>

Esta Convención ha tenido como eje central el tema del blanqueo, la identificación, embargo y decomiso de los beneficios económicos derivados del delito. Existe un paralelismo entre esta Convención Europea y la Convención de Viena (que también se ocupa de perseguir el lavado de capitales procedentes de actividades relacionadas con el narcotráfico, pero pronto se vio la necesidad de equiparar el tratamiento jurídico de estos capitales con aquellos otros que proceden de la realización de otras actividades delictivas, generalmente coadyuvantes con el narcotráfico). Como señala CERVINI, tan solo dos años después de la Convención de Viena, el Consejo de Europa elabora la Convención de 1990, inspirada evidentemente en el texto de Viena de 1988 pues las conductas que tratan de incriminarse son escrupulosamente las mismas, o sea la conversión o transferencia de capitales que busque disimular o encubrir el origen ilícito de estos bienes o de ayudar a cualquier persona a ocultar la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad real de estos bienes. Se pueden señalar, entre ambos textos básicamente, dos diferencias: (i) la Convención del Consejo de Europa no se restringe exclusivamente a aquellos bienes que proceden de la comisión de delitos vinculados al tráfico de drogas sino a los dineros originados en cualquier tipo de delito; (ii) la Convención del Consejo de Europa a diferencia de lo que sucede con la

---

<sup>88</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I. El delito de blanqueo de capitales.. op. cit. pág 119.

Convención de Viena prevé expresamente la posibilidad de tipificar la comisión imprudente de estos delitos<sup>89</sup>.

En concreto la Convención Europea ha sido un indicador acerca de la tipificación de las conductas en el ámbito del ordenamiento interno de los Estados. Conforme relata BLANCO CORDERO la tipificación ha sido considerada variable por el documento conforme los siguientes criterios: “todas las partes firmantes deben tipificar penalmente las siguientes conductas cometidas intencionalmente: a) comportamientos de autoría consumados consistentes en la conversión o transmisión de bienes a sabiendas de que constituyen beneficios económicos obtenidos de la comisión de un delito (productos), con el propósito de ocultar o disimular la procedencia ilícita (art. 6.1.a). La punición de la participación, de los actos preparatorios (conspiración) y de la tentativa está condicionada al respeto de los principios constitucionales y conceptos fundamentales del sistema jurídico de cada parte (art. 6.1.d). El legislador interno puede sancionar tales conductas cuando el autor desconozca imprudentemente el origen delictivo de los bienes, actúe con ánimo de lucro o para facilitar la continuación de actividades criminales (art. 6.3.); b) comportamientos de autoría consumados consistentes en la conversión o transmisión de bienes a sabiendas de que constituyen productos, con el propósito de ayudar a cualquier persona implicada en la comisión del delito previo, a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos (art. 6.1.a.). La punición de la participación, de los actos preparatorios (conspiración) y de la tentativa está condicionada al respeto de los principios constitucionales y conceptos fundamentales del sistema jurídico de cada parte (art. 6.1.d). El legislador interno puede sancionar tales conductas cuando el autor desconozca imprudentemente el origen delictivo de los bienes, actúe con ánimo de lucro o para facilitar la continuación de actividades criminales (art. 6.3.); c) comportamientos de autoría consumados consistentes en la ocultación o simulación de la naturaleza, origen, ubicación, desuno, movimiento o propiedad reales de los bienes o derechos relativos a los mismos, a sabiendas de que constituyen productos. La punición de la participación, de los actos preparatorios (conspiración) y de la tentativa está condicionada al respeto de los principios constitucionales y conceptos fundamentales del sistema jurídico de cada parte (art. 6.1.d). El legislador interno puede sancionar tales conductas cuando el autor

---

<sup>89</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: *Lei de lavagem de capitais...*, op.cit. pág. 114.

desconozca imprudentemente el origen delictivo de los bienes, actúe con ánimo de lucro o para facilitar la continuación de actividades criminales”<sup>90</sup>.

Por otro lado, con reserva de los principios constitucionales y conceptos fundamentales del sistema jurídico de cada Estado, se han comprometido a tipificar los comportamientos de autoría o participación en actos preparatorios (conspiración) o ejecutivos (tentativa o consumación), de adquisición, posesión o uso de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que constituyen productos que provienen de una actividad delictiva, pudiendo el legislador interno sancionar tales conductas cuando el autor desconozca imprudentemente el origen delictivo de los bienes, actúe con ánimo de lucro o para facilitar la continuación de actividades criminales<sup>91</sup>.

Por fin, en el mismo año 1990 surge el *Informe del Grupo de Expertos Intergubernamental para el Estudio de las Consecuencias Económicas y Sociales del Tráfico Ilícito de Drogas* celebrado en Viena del 21 al 25 de mayo y del 9 al 20 de julio de 1990. Como refiere CERVINI este Grupo de Expertos Intergubernamentales fue convocado por iniciativa del Secretario General de las Naciones Unidas en cumplimiento de la Resolución 44/142 de la Asamblea General y entre las recomendaciones con que finalizaron sus trabajos figuran sugerencias dirigidas al Secretario General de Naciones Unidas, a los Estados miembros y a las instituciones de las comunidades bancarias nacionales e internacionales.

Estas recomendaciones fueron concebidas para orientar a los Estados Miembros a seguir las siguientes pautas:

a) Los Estados que aún no hayan ratificado o suscrito la Convención de Viena, deberían hacerlo en el menor plazo de tiempo posible para permitir la aplicación universal de sus disposiciones y, en particular, dictar normas o adoptar medidas que establezcan como delitos el lavado de dinero proveniente del narcotráfico, y que permitan la identificación, seguimiento, congelamiento y decomiso de los beneficios o del producido derivado del tráfico ilegal de drogas; y medidas que aseguren que las leyes internas sobre secreto comercial y bancario no inhibirán investigaciones criminales referidas al lavado de dinero.

b) Del mismo modo, el Grupo de Expertos recomendó que todos los Estados tomaran medidas apropiadas para prevenir el uso de las instituciones

---

<sup>90</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 40.

<sup>91</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 41.



financieras, incluidas instituciones financieras no bancarias, como vehículo para el lavado de dinero procedente del narcotráfico.

c) Se recomendó también que los Estados estimularan a los bancos y a otras entidades financieras, así como a grupos profesionales, como agentes de bolsa, auditores y abogados a cooperar con las autoridades de cada país en base a informes sobre transacciones sospechosas.

d) El Grupo también recomendó que los Estados estimularan a las entidades financieras y a otras instituciones a desarrollar e implementar procedimientos autorregulatorios para prevenir el abuso del sistema financiero por medio del lavado de dinero.

En lo que se refiere a las instituciones bancarias y financieras las Recomendaciones fueron dirigidas a aconsejar la adopción de medidas en el siguiente sentido:

a) Asegurar el conocimiento de la identidad de sus clientes al iniciar relaciones comerciales con ellos o al efectuar transacciones comerciales importantes. En caso de surgir cualquier duda respecto al hecho de que los clientes no estuvieran actuando en su propio interés sino en beneficio de un tercero, las entidades deberían adoptar medidas razonables para identificar a las personas en representación o en interés de las cuales los clientes de los bancos actuaran;

b) Indagar y analizar cualquier transacción inusual o cualquier instrucción que consideraran anormal respecto de transferencias financieras, sea por carecer de aparente racionalidad económica o propósito legítimo;

c) Debería requerirse a las entidades que informasen a las autoridades cualquier operación que pudiera ser considerada sospechosa. La revelación de buena fe de tales transacciones no debería constituir una ruptura o un incumplimiento de ninguna restricción, o de ningún deber de las entidades de no revelar informaciones, y no debería implicar responsabilidad penal y civil con relación al funcionario bancario o a la institución que proporciona la información sobre transacciones sospechosas<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Así lo refiere CERVINI. Cfr. Lei de lavagem de capitais..., op.cit. pág. 117/118.

### **2.2.3. La Decisión Marco del Consejo de Europa 2001/500/JAI de 25 de junio de 2001**

Sobre este importante documento BLANCO CORDERO escribe que “la Decisión marco del Consejo 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito toma en cuenta la mencionada Acción común 98/699/JAI, así como las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999 y la Presidencia del Consejo Europeo de Viena de 11 y 12 de diciembre de 1998, que contiene una serie de disposiciones entre las que destacan las relativas a las definiciones de delitos graves, a las sanciones de los delitos de blanqueo, al decomiso y a las solicitudes de asistencia. Este documento incorpora al acervo común parte de los contenidos establecidos en el *Convenio de Estrasburgo*<sup>93</sup> de 1990 y en cuanto a los delitos graves, indica que han de incluirse en todo caso los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año, o en los Estados en los que exista un umbral mínimo para los delitos, aquellos delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses, además de obligar a los Estados a castigar los delitos de blanqueo previstos en las letras a) y b) del apartado 1 del Convenio de Estrasburgo de 1990, cuando los delitos previos tengan carácter grave según la definición dada, con penas privativas de libertad cuya duración máxima no puede ser inferior a cuatro años”<sup>94</sup>.

### **2.2.4. El Convenio de Varsovia de 16 de mayo de 2005**

El Convenio de Varsovia firmado el 16 de mayo de 2005 también trata del blanqueo de capitales, el seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y de la financiación del terrorismo. Trátase de una nueva redacción del antiguo Convenio del Consejo, en la que se aclaran algunas cuestiones técnicas y se incluye una referencia expresa a la financiación del terrorismo. Esencialmente, la tipificación de los delitos de blanqueo es muy semejante a la que contiene el Convenio de Estrasburgo, ampliando la posibilidad de castigo a acciones de blanqueo basadas en sospechas de que los bienes

---

<sup>93</sup> Instrumento de Ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, BOE núm. 252, miércoles 21 octubre 1998.

<sup>94</sup> Así lo describe BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op. cit., pág. 157.

eran producto de un delito (situaciones de dolo eventual) o debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito (como en el caso del blanqueo imprudente). Este Convenio fue ratificado por España<sup>95</sup>.

Como señala BLANCO CORDERO “otras novedades del Convenio se refieren a la obligación de que se pueda castigar por delito de blanqueo sin necesidad de que exista una condena previa o simultánea por el delito previo. Asimismo se dispone que se ha de castigar el blanqueo cuando se haya acreditado que los bienes provienen de un delito previo, sin que sea necesario determinar con precisión de qué delito previo se trata. Igualmente, se prevé el principio de doble incriminación respecto de los delitos previos, de manera que se garantice que los delitos previos comprenda comportamientos cometidos en otro Estado que constituyan un delito en dicho Estado y que habrían constituido un delito principal si se hubiera cometido en el territorio nacional. Se permite que los Estados prevean que la única condición exigida es que la acción hubiera constituido un delito principal si se hubiera cometido en su territorio”<sup>96</sup>.

#### **2.2.5. El Tratado de Lisboa**

En lo que se refiere al Tratado de Lisboa<sup>97</sup> el punto más destacable en relación al tema de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo ha sido la admisión de la cooperación judicial en materia penal como un mecanismo fundamentalmente basado en el principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales. Este documento facilita la aproximación de las disposiciones legales de los Estados miembros.

De acuerdo con el dispuesto en su artículo 69, letra B, nº 1.:

“El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de

---

<sup>95</sup> Instrumento de Ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, Boletín Oficial del Estado: 26 de junio de 2010, Núm. 155.

<sup>96</sup> BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op. cit., pág. 124.

<sup>97</sup> Este Tratado fue firmado por los representantes de todos los Estados miembros de la Unión Europea en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo”.<sup>98</sup>

Como explica BLANCO CORDERO, estos delitos poseen esencialmente dos *características*: son de especial gravedad y tienen una dimensión transfronteriza derivada del carácter, de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes<sup>99</sup>.

#### **2.2.6. Instrumentos de la Unión Europea: las Directivas**

Entre los documentos europeos de mayor importancia en lo que se refiere al blanqueo de capitales, y más recientemente a la financiación del terrorismo, están del Directivas de la Unión Europea.

El origen y justificación de esta estrategia encuentran sus raíces en el vacío normativo que antes existía sobre la materia. Esta constatación ha llevado a CERVINI a afirmar que “la ausencia de normas comunitarias en la lucha contra este fenómeno generaba el temor de que los Estados miembros adoptaran medidas incompatibles con la plena realización de un mercado único. Se vio, entonces, como necesaria una intervención comunitaria con el fin de evitar que los traficantes se prevalecieran de la libertad de circulación de capitales y la libre prestación de servicios para la obtención de sus fines ilícitos. En ese contexto, muchas de las Recomendaciones del Informe de GAFI, en cuyos trabajos habían participado los integrantes de la Unión, fueron recogidos en la Propuesta de Directiva de la CEE. Se ha expresado que si estos son los motivos que han impulsado a la CEE a la creación de una Directiva para luchar contra el blanqueo de capitales parece dudoso y, hasta cierto punto, un contrasentido, que ello pueda ser conseguido imponiendo a las entidades financieras e institutos de crédito ciertos deberes extraños a su ámbito y que incluso pueden ser clasificados de

---

<sup>98</sup> Texto accesible en [https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat\\_lisboa.pdf](https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_lisboa.pdf)

<sup>99</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 158.

“policiales”, en perjuicio de sus intereses económicos por los costos, desconfianza e inestabilidad que ello puede generar entre su clientela”<sup>100</sup>.

En términos históricos, en el año 1991 fue adoptada por la Comunidad Europea una primera Directiva (Directiva 91/308/EEC) destinada a prevenir el uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales que estableció una serie de obligaciones para dicho sector financiero, entre ellas, la obligación de identificación de clientes, mantenimiento de registros y reporte de transacciones sospechosas a las autoridades. Esta Directiva ha sido revisada en el año 2001, ocasión en que se aprobó una segunda Directiva (Directiva 2001/97/EC del Parlamento y del Consejo Europeo) que introdujo modificaciones y extendió el ámbito de aplicación de la primera Directiva imponiendo las obligaciones ya existentes para el sector financiero a una serie de actividades y profesiones, entre ellas, la abogacía, en determinadas circunstancias. Un aspecto importante de este texto fue la inclusión de la abogacía dentro de las profesiones que están sujetas a obligaciones de información sobre blanqueo de capitales<sup>101</sup>. En octubre de 2005 el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron una tercera Directiva sobre blanqueo de capitales (Directiva 2005/60/CE) que nuevamente actualiza las Directivas anteriores. Posteriormente, estas normas han sido sucesivamente perfeccionadas por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, en 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la definición de «personas del medio político» y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por

---

<sup>100</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: Lei de lavagem de capitais..., op.cit. pág. 118.

<sup>101</sup> Circunstancia que colisiona con el secreto profesional y normas ético-deontológicas.

razones de actividad financiera ocasional o muy limitada<sup>102</sup>. También se ha publicado la Directiva 2007/64/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE. La Directiva 2008/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, modifica la Directiva 2005/60/CE, en lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión. Finalmente se ha publicado recientemente la nueva Directiva 2015/849 de 20 de mayo de 2015, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, por la que se modifica el Reglamento (UE) número 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.

---

<sup>102</sup> Con respecto a esta Directiva BLANCO CORDERO describe que “la Comisión ha adoptado un primer conjunto de medidas de aplicación con respecto a: 1) la definición de personas políticamente expuestas (PEP), 2) las situaciones de DDC simplificada y 3) la actividad financiera de forma ocasional o muy limitada que queda fuera del ámbito de la Directiva. Se trata en concreto de la Directiva 2006/70/CE. La definición de personas políticamente expuestas De acuerdo con la *Directiva 2006/70/CE*, las disposiciones de aplicación en relación con las PEP son cuatro: a) definición de personas políticamente expuestas [art. 2 (1)], b) definición de los familiares más próximos de las personas políticamente expuestas [art. 2 (2)]; c) definición de las personas reconocidas como allegados de las personas políticamente expuestas [art. 2 (3)], y d) el período una persona sigue siendo considerada PEP tras haber dejado el cargo [art. 2 (4)]. De acuerdo con la tercera Directiva, las medidas reforzadas de diligencia debida deben aplicarse respecto de aquellas situaciones que por su propia naturaleza puedan presentar un riesgo más elevado de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, cualquiera que sea su origen. Pues bien, precisamente la *Directiva 2006/70/CE* define un determinado grupo de clientes, tomando como referencia un factor de riesgo, cual es que son personas físicas que desempeñen o han desempeñado funciones públicas importantes. Situaciones de diligencia debida simplificada El art. 11 de la tercera Directiva especifica ocho situaciones concretas en las que se pueden aplicar medidas simplificadas de diligencia debida. En concreto, el art. 11 (2) y (5) de la tercera Directiva dispone la posibilidad de aplicar medidas simplificadas de diligencia debida en situaciones adicionales. El artículo 3 de la *Directiva 2006/70/CE* especifica que los Estados miembros pueden también aplicar procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente: a) cuando sean autoridades u organismos públicos que presentan un riesgo bajo de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo y b) cuando se cumplan una serie de criterios previstos en el art. 3 (2) de la misma Directiva en relación con los clientes y el artículo 3 (3) en relación con los productos. La actividad financiera de forma ocasional o muy limitada El art. 4 de la *Directiva 2006/70/CE* permite a los Estados miembros excluir determinadas actividades del ámbito de aplicación de la tercera directiva. Esta excepción tiene como objetivo fundamental facilitar el intercambio de divisas en forma ocasional o muy limitada por parte de entidades tales como hoteles, campings, tiendas etc. Los requisitos para que puedan admitirse dichas excepciones son: los siguientes requisitos: a) que la actividad financiera sea limitada en términos absolutos, lo que ocurre, por ejemplo, cuando un hotel cambia moneda a los huéspedes; b) que la actividad financiera sea limitada en lo relativo a las transacciones; c) que la actividad financiera no sea la actividad principal, lo que ocurre claramente con el hotel; d) que la actividad financiera se secundaria y directamente relacionada con la actividad principal; e) que la actividad principal no sea una de las actividades mencionadas en el artículo 2, apartado 1, punto 3), letra e), de la Directiva]; f) que la actividad financiera sólo se proporcione a los clientes de la actividad principal y no se ofrezca al público con carácter general” Cfr. “El delito de blanqueo de Capitales...”, ob. cit., pág. 154.

La *ratio* de tal *evolución* normativa se asienta en una creciente preocupación por la indemnidad del sistema financiero de la Unión Europea frente a ataques de la criminalidad organizada y económica. Esta preocupación ha llevado a FERRÉ OLIVÉ a señalar que “la preocupación por la utilización del sector financiero para el lavado de capitales de origen ilícito se ha ido agudizando en el marco de la Unión Europea, en la medida en que en el plano internacional se avanza hacia un mercado globalizado, sin fronteras y, por lo tanto, con menores controles. En esto contexto, se considera que el blanqueo de capitales sería imposible sin la utilización del sistema bancario y financiero. Pero al mismo tiempo existe un auténtico contrasentido, pues es evidente que el blanqueo de capitales siempre es posible recurriendo a los tolerados “paraísos fiscales” y “zonas offshore”, presentes incluso en el corazón de Europa. En cualquier caso, la utilización del sistema bancario y financiero para reciclar los beneficios que se obtienen de distintas actividades delictivas ha sido una práctica extendida e impune durante muchos años, prácticamente en todo el mundo. Partiendo de cierta complicidad del sistema financiero, se ha utilizado dicho sistema para la transformación de capitales de origen ilícito, provenientes de la comisión de delitos graves, en dinero libre de sospecha. Sin duda, todo ello no hubiera sido posible si las entidades bancarias e intermediarios financieros hubieran puesto un poco de diligencia y colaboración, detectando las transacciones de origen poco claro. Pero algunas entidades financieras han decidido ignorar el origen ilícito de los capitales, en la medida en que obtenían importantes beneficios económicos. El libre tránsito de capitales en Europa obliga a mejorar las inspecciones sobre dichos capitales en origen, sin que esta política de intervención pueda ser interpretada como una traba a su libre circulación. Por ese motivo se han ido aprobando sucesivas Directivas reguladoras de las actividades bancarias, crediticias y profesionales que inciden en la transformación de capitales y bienes.”<sup>103</sup>

BLANCO CORDERO, a su vez, señala el carácter *preventivo* de este tipo de normas al afirmar: “el aspecto preventivo de la lucha contra el blanqueo de capitales queda evidenciado en el propio título de la primera Directiva, que se dirige a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. Se pretende así disuadir a quienes pretenden blanquear dinero de origen delictivo si se

---

<sup>103</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Política Criminal Europea en Materia de Blanqueo de Capitales, en AAVV, Financiación del Terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico, Valencia, 2009, págs. 175 y ss..

encuentran con un sistema financiero bien protegido. La Unión Europea ha creado todo un sistema que se basa en la exigencia al sector financiero de que observe todo comportamiento inusual o sospechoso y se lo notifique a las autoridades. Se parte, por tanto, de la base de que si bien es precisa la intervención penal en esta materia, también lo es la articulación de políticas preventivas que intensifiquen los controles de carácter preventivo para evitar el blanqueo de capitales. Esto se suele hacer mediante normas de carácter administrativo que tienden a imponer determinadas obligaciones a quienes desarrollan su actividad en el ámbito financiero. Estas obligaciones se derivan mayoritariamente de las iniciativas internacionales y responden a una serie de principios.”<sup>104</sup>

Sobre la *naturaleza* de tal normativa DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO recuerda que “las Directivas (al igual que las Decisiones Marco) son vinculantes para los Estados miembros en lo relativo a los resultados que deben alcanzarse, pero dejan a las instancias nacionales libertad de decisión sobre la forma y los medios para alcanzarlos. Consecuentemente, en materia penal cada Estado delinea su propia política criminal para llegar a la meta que le marcan las disposiciones comunitarias”<sup>105</sup>.

En definitiva se puede afirmar que estas Directivas son una importante base normativa del sistema europeo antiblanqueo de capitales y antifinanciación del terrorismo, y han influenciado enormemente en la legislación interna de cada país miembro de la Unión Europea.

### **A) La primera Directiva 91/308/CEE**

La Directiva 91/308/CEE fue aprobada el 10 de junio de 1991 por el Consejo de las Comunidades Europeas, como Directiva sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales.

Esta primera Directiva sigue principalmente las 40 Recomendaciones de la *Financial Action Task Force on Money Laundering* (FATF), organización intergubernamental que tiene entre sus objetivos procurar el desarrollo y la promoción del

---

<sup>104</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 127.

<sup>105</sup> Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: Recepción de las propuestas del GAFI y de las Directivas Europeas sobre el blanqueo de capitales en el Derecho español. En AAVV Política Criminal y Blanqueo de Capitales op. cit. pág.39.



combate al blanqueo de capitales provenientes de la delincuencia organizada, el tráfico ilícito de drogas y la financiación del terrorismo. El objetivo de la normativa ha sido orientar al sector financiero para que identifique a sus clientes, reporte transacciones sospechosas a las autoridades y establezca procedimientos internos apropiados para prevenir el blanqueo de capitales. De conformidad con la política criminal de la época, el ámbito de incidencia de esta primera Directiva estaba centrado en el blanqueo del producto de actividades criminales relacionadas primordialmente con el narcotráfico.

Sobre el aspecto inaugural de esta Directiva FERRÉ OLIVÉ ha escrito que “la *Directiva 91/308/CEE* de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales ha sido la primera norma jurídica europea dictada con el objetivo de impedir la utilización de entidades de crédito e instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas. Considera así que el blanqueo de capitales “debe combatirse principalmente con medidas de carácter penal”. Se inspira explícitamente en la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas aprobada en Viena el 19 de diciembre de 1988 (“Convención de Viena”), y procura la defensa del sistema financiero y el mercado interior único de los efectos nocivos de la legitimación de capitales de origen ilícito. En sus considerandos sin embargo se aparta de las limitaciones que resultan de la Convención de Viena, pues se afirma que “el fenómeno del blanqueo de capitales no afecta únicamente al producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también al de otras actividades delictivas (tales como la delincuencia organizada y el terrorismo)”<sup>106</sup>.

Si bien esta primera Directiva estaba dirigida en particular al sector financiero y de crédito, en su artículo 12 se señalaba que el blanqueo de capitales «puede realizarse no solo a través de entidades de crédito y de instituciones financieras, sino también mediante la intervención de otros tipos de profesiones o categorías de empresas, los Estados miembros deben hacer extensivas, total o parcialmente, las disposiciones de la presente Directiva a las profesiones y empresas cuyas actividades sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de capitales». Así, por ejemplo, algunos países miembros de la Unión Europea ampliaron las obligaciones de vigilancia e

---

<sup>106</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Política Criminal Europea...*, op.cit., pág. 176.

información a las entidades mediadoras inmobiliarias, de comercialización de metales preciosos, apuestas o loterías, entre otras, pero sin alcanzar a la abogacía.

Describiendo el contenido de esta Directiva BLANCO CORDERO señala que su texto afirma expresamente que “la lucha contra el blanqueo de capitales se ha de hacer principalmente con medidas de carácter penal (y en el marco de la cooperación internacional entre autoridades judiciales y policiales), aunque, no obstante, la estrategia de lucha no debe limitarse al enfoque penal, sino que se considera que el sistema financiero puede desempeñar una «función sumamente eficaz». Esta función, sin dejarlo claramente expresado, es básicamente una función preventiva. En definitiva, la Unión Europea centró su lucha contra el blanqueo en dos ámbitos: la sanción penal y la prevención. El aspecto preventivo queda evidenciado en el propio título de la primera Directiva, que se dirige a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales<sup>107</sup>.

Conforme explica este autor - y de acuerdo con lo que dice el texto del instrumento – se establecen *obligaciones* que derivan principalmente de las iniciativas internacionales y responden a una serie de *principios* (transcribimos literalmente sus palabras):

a) “El principio representado por la expresión “Conozca a su cliente” (*Know your customer*, que supone la necesidad de que las instituciones financieras determinen la verdadera identidad del cliente y habiliten mecanismos para verificar la buena fe del mismo).

b) El principio de *colaboración con las autoridades*. Se expresa así la necesidad de cooperación de las instituciones financieras con las autoridades en la lucha contra el blanqueo de capitales, siendo la manera más eficaz el levantamiento del secreto bancario en los supuestos de blanqueo y el establecimiento de una obligación de comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo.

c) El principio de control o seguimiento, que se materializa mediante el establecimiento de procedimientos internos de control y de programas de formación del personal al servicio de las instituciones financieras. Premisa fundamental para reconocer las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales (que son las

---

<sup>107</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 125.

que se han de comunicar) es que las entidades de crédito y las instituciones financieras se encuentren dotadas de una plantilla con la formación adecuada y de un equipamiento y tecnología de control sofisticados”<sup>108</sup>.

La estrategia de la primera Directiva para luchar contra el blanqueo de capitales no es exclusivamente *administrativa*, sino también *penal* (aunque tan solo de forma indirecta - art. 2 – el texto permita a los Estados miembros acudir a la vía penal).

El artículo 1 de la Directiva contiene la *definición* de lo que ha de entenderse por *blanqueo de capitales* (cuya inspiración es clara tanto en el texto de la Convención de Naciones Unidas como de la Convención del Consejo de Europa)<sup>109</sup>. Esencialmente dicha Directiva ha establecido como objeto de sanción: a) Los comportamientos intencionales de autoría (o participación) de actos preparatorios (provocación) o ejecutivos (tentativa o consumación) consistentes en la conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que proceden de la comisión, como autor o partícipe, de una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir su origen ilícito; b) Los comportamientos intencionales de autoría (o participación) de actos preparatorios (provocación) o ejecutivos (tentativa o consumación) consistentes en la conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que proceden de la comisión, como autor o partícipe, de una actividad delictiva, con el propósito de ayudar a cualquier persona implicada en la comisión de tal delito, a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; c) Los comportamientos intencionales de autoría (o participación) de actos preparatorios (provocación) o ejecutivos (tentativa o consumación) consistentes en la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o propiedad de bienes o derechos correspondientes, a sabiendas de que proceden de conductas de autoría o participación en una actividad delictiva; d) Por fin los

---

<sup>108</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 127.

<sup>109</sup> Según el artículo 1 de esta Directiva, se entiende que constituye blanqueo de capitales las siguientes acciones cometidas intencionalmente: a) La conversión o la transferencia de bienes, siempre que el que las efectúe sepa que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a toda persona que esté implicada en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos. b) La ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o de la propiedad de bienes o de derechos correspondientes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad. c) La adquisición, tenencia o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad. d) La participación en alguna de las acciones mencionadas en los tres puntos precedentes, la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas, el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o el hecho de facilitar su ejecución.

comportamientos intencionales de autoría (o participación) de actos preparatorios (provocación) o ejecutivos (tentativa o consumación) consistentes en la adquisición, tenencia o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que proceden de conductas de autoría o participación en una actividad delictiva<sup>110</sup>.

Comentando el *concepto* de blanqueo adoptado por la Directiva de 1991 Raúl CERVINI subraya que “el art. 1 de la Directiva ha definido el blanqueo con una formulación idéntica a la establecida en el art. 3.3 de la Convención de Viena de 1988: conversión o transferencia de bienes; la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o de la propiedad de bienes o derechos; la adquisición, tenencia o utilización, así como la participación en alguna de estas asociaciones, la asociación, tentativa de perpetración, ayuda, instigación o aconsejamiento (igualmente, y dado que el fenómeno del blanqueo tiene la consideración de problema internacional, existirá blanqueo aun cuando las actividades que generen los bienes que vayan a blanquearse se desarrollen en el territorio de otro Estado miembro o en el de un país tercero), y por actividad delictiva se entendía una infracción definida en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aprobada en Viena el 19 de diciembre de 1988 (Convención de Viena) así como cualquier otra actividad delictiva definida como tal a los efectos de la Directiva por cada estado miembro”.<sup>111</sup>

El texto de la Directiva de 1991 ha establecido como meta la adopción de un sistema de *obligaciones* aplicables al sector financiero y de crédito relacionadas con:

a) Artículo 3.1.: la *identificación de clientes* en el momento de entablar relaciones de negocios. Sobre este aspecto CERVINI recuerda que la regulación comunitaria ha establecido en el art. 3, párrafo 1.º y 5.º de la Directiva, que las entidades de crédito deben exigir la identificación de los clientes en el momento de entablar sus relaciones profesionales, en particular cuando abren una cuenta o libreta u ofrecen

---

<sup>110</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 129 y ss..

<sup>111</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: Lei de lavagem de capitais..., op.cit. pág. 119, menciona que, “por su parte, las actividades prohibidas por la Directiva coinciden básicamente con las recogidas en el art. 3.1 b) i), ii) de la Convención de Viena de 1988, es decir, actividades criminales conectadas con el tráfico de la droga. Pero las preocupaciones de la Directiva van mucho más allá al establecer que los Estados Miembros pueden recoger cualquier otra actividad delictiva definida como tal a los efectos de la presente Directiva. El punto de partida parece claro, la lucha contra el tráfico de drogas, pero es de esperar (dada la posibilidad de extensión del concepto) que los Estados amplíen el mismo a otras actividades del crimen organizado.”

servicios de custodia de activos. Además, los bancos se encuentran obligados a “adoptar medidas razonables y prudentes” para obtener información sobre la verdadera identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan sus clientes, cuando exista certeza o incluso mera duda respecto de que los mismos no actúan por cuenta propia.<sup>112</sup>

b) Artículo 3.2: la identificación para cualquier transacción superior a determinados valores de referencia (valores mínimos sobre los cuales el deber de informar es obligatorio, por ejemplo, 15.000 euros);

c) Artículo 4: la *conservación de los documentos* referentes a la identificación de los clientes y las transacciones efectuadas, durante un período mínimo de 5 años desde que hayan finalizado las relaciones con el cliente o desde la ejecución de la transacción<sup>113</sup>;

d) Artículo 6: el deber de informar a las autoridades responsables, a iniciativa propia, de cualquier hecho que pudiera ser indicio de un blanqueo de capitales así como facilitar a dichas autoridades, a petición de estas, toda la información necesaria de conformidad con los procedimientos establecidos en la legislación aplicable<sup>114</sup>. El dispositivo establece obligaciones de reportar operaciones sospechosas, de forma que los Estados miembros están obligados a velar para que las entidades de crédito y las instituciones financieras investiguen muy especialmente aquellas transacciones que por su especial naturaleza pueden estar relacionadas con el blanqueo. Ante una transacción

---

<sup>112</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: *Lei de lavagem de capitais...*, op.cit. pág. 119.

<sup>113</sup> La información obtenida a partir de la investigación desarrollada debe ser conservada por las entidades como elemento de prueba en la investigación y durante un mínimo de cinco años copia de los documentos exigidos, justificantes y registro de los documentos originales. Es lo que la jurisprudencia norteamericana conoce como *Principio de Resguardo del soporte de contingencias*.

<sup>114</sup> Sobre este aspecto CERVINI menciona que “complementariamente la Directiva dispone una amplísima, y en ciertos aspectos, peligrosa obligación de colaboración de las entidades de crédito e institutos financieros con las autoridades nacionales competentes en la lucha contra el blanqueo. El art. 6 hace extensiva esta obligación a los directivos y empleados; carga que se concreta en el deber de informar, bien por iniciativa propia cuando tengan indicios de blanqueo, bien a petición expresa de las autoridades. La autoridad que recibe la información, en principio sólo podrá utilizarla para su función de investigación y control de operaciones de blanqueo (no relativa a un caso concreto sino en general) sin que pueda ser empleada para otros fines, con la salvedad de que los Estados miembros puedan disponer -a su arbitrio- que dichas informaciones puedan ser utilizadas para fines diversos, como por ejemplo, la lucha contra la defraudación fiscal. Como puede verse, las instituciones pierden todo control sobre la información que suministren. La Directiva no previó ningún tipo de medidas respecto de la colaboración internacional de las autoridades encargadas en la lucha contra el blanqueo de capitales. Se ha entendido que este tipo de asistencia internacional debe procesarse en ámbito jurisdiccional, aplicando los Principios de la Cooperación Judicial en asuntos penales, siempre en el marco de los convenios y tratados existentes en el campo bilateral y multilateral”. Cfr.: CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: *Lei de lavagem de capitais...*, op.cit. pág. 121.

considerada como “sospechosa”, las entidades financieras deberán abstenerse de efectuar la operación, no sin antes informar a las autoridades sobre dicha situación; si la abstención no es factible entonces la obligación de información se realizará en la forma más urgente que sea posible. Sobre este aspecto, CERVINI indaga: “surge naturalmente la pregunta ¿qué debemos entender por operación “sospechosa”? El legislador comunitario ha optado por soslayar la discusión teórica sobre este tema y sigue a la Convención de Viena propugnando un criterio meramente objetivo vinculado a la naturaleza de la operación, lo que lleva a su vez a la necesidad de aclarar qué naturaleza debe tener una operación para poder considerarse como sospechosa. Conceptuada doctrina ha llegado a un cierto consenso respecto a los criterios objetivos a seguirse, entre otros: la anomalía de la operación desde el punto de vista de su licitud, la innecesaria complejidad, la falta de causa económica racional de la misma, su carácter inusual, etc.”<sup>115</sup>

e) Artículo 8: la prohibición de comunicar al cliente o a terceros que se ha transmitido información a las autoridades o que está realizándose una investigación sobre blanqueo de capitales

f) Artículo 11.1.: el establecimiento de procedimientos adecuados de control interno y de comunicación a fin de prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas al blanqueo de capitales;

g) Artículo 9: la revelación, de buena fe, de la información aludida en los puntos anteriores a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales no constituirá violación de las restricciones sobre revelación de información impuesta por vía contractual o legal;

Como recuerda FERRÉ OLIVÉ, esta Directiva ha inaugurado un *sistema vinculante de obligaciones genéricas* para entidades de crédito e instituciones financieras, como el deber de prestar especial atención a transacciones realizadas con terceros países, y otras obligaciones más puntuales como identificar a todos sus clientes y conservar documentos relativos a sus operaciones durante un período mínimo de 5 años. El texto “requiere el levantamiento del *secreto bancario* creando un sistema “que garantice que las informaciones se hagan llegar a las autoridades antes mencionadas si

---

<sup>115</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: *Lei de lavagem de capitais...*, op.cit. pág. 120.

poner aviso a los clientes de que se trate” incorporando “una cláusula especial de protección que exima a las entidades de crédito y a las instituciones financieras, así como a sus empleados y directivos, de toda responsabilidad por violación de las restricciones sobre la revelación de informaciones”. La información así requerida puede ser utilizada no sólo para la persecución del blanqueo de capitales, pues “los Estados miembros podrán disponer que dichas informaciones se utilicen para otros fines”. Pero la aplicación de estos controles no se limita a las entidades financieras y de crédito, pues “los Estados miembros deben hacer extensivas, total o parcialmente, las disposiciones de la presente Directiva a las profesiones y empresas cuyas actividades sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de capitales”<sup>116</sup>.

Sobre el secreto bancario CERVINI afirma que la Directiva, siguiendo el criticable criterio de la Convención de Viena de 1988 en su art. 5.3,<sup>117</sup> considera imprescindible que el secreto bancario pueda ser limitado a efectos de combatir el delito organizado ya que el anonimato de las transacciones beneficia, según este criterio, a los que realizan operaciones de blanqueo de capitales. En tal sentido, en este cuerpo normativo se consagra que las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales disponen de un poder general de obtención de información referida a operaciones bancarias realizadas por un sujeto, tendientes a la averiguación de un posible blanqueo de capitales. Este poder tan discrecional como difuso supone el correspondiente deber de información que aparece consagrado como un auténtico deber jurídico de colaboración, de carácter secreto y sin previo aviso al cliente, por parte de los bancos y demás entidades de crédito con las autoridades encargadas de la lucha contra el blanqueo.<sup>118</sup>

En lo que se refiere a la *naturaleza* del documento DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO afirma que esta primera Directiva tiene un marcado carácter *administrativo*, imponiendo una serie de obligaciones a las entidades de crédito e instituciones financieras con el fin de prevenir e impedir el blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico. Este fue el modelo utilizado por el legislador español al

---

<sup>116</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Política criminal europea..., op.cit., pág. 169.

<sup>117</sup> El art. 5.3 de la Convención de Viena de 1988 establece la necesidad de facultar a los tribunales y autoridades competentes para “ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales sin que quepa negarse amparándose en el secreto bancario”.

<sup>118</sup> El artículo 8 de la Directiva se señala que “las entidades de crédito y las instituciones financieras, así como sus directivos y empleados, no podrán comunicar al cliente de que se trate o a terceros que se han transmitido informaciones a las autoridades o que está realizándose una investigación sobre el blanqueo de capitales”.

dictar la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

En definitiva se puede afirmar que esta fue una primera iniciativa que ha inaugurado tendencias confirmadas a lo largo de los años, influenciando revisiones posteriores de las siguientes Directivas.<sup>119</sup>

### **B) La segunda Directiva 2001/97/CEE**

La segunda Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo fue aprobada el 4 de diciembre de 2001 y ha modificado la Directiva anterior (91/308/CEE del Consejo) también dedicando su contenido a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. Esta nueva versión ha modificado sustancialmente la anterior, especialmente en lo que se refiere a los sujetos obligados (auditores, contables externos y asesores fiscales, agentes de la propiedad inmobiliaria, notarios, así como otros profesionales del Derecho cuando participen en determinadas operaciones financieras, intermediarios, miembros de instituciones de crédito y profesionales del sector financiero). El texto también ha ampliado las obligaciones impuestas a los sujetos obligados. Por otro lado, la circunstancia más relevante del instrumento fue la ampliación del concepto de blanqueo de capitales, dejando de centrarse en el narcotráfico para alcanzar a todos delitos considerados *graves* (siguiendo la definición establecida para tal denominación en la Decisión Marco 2001/500/JA, del Consejo, de 26 de junio de 2001).

Como describe GÁVEZ KRÜGER, esta Directiva introdujo modificaciones en la primera Directiva y extendió su ámbito de su aplicación. Según el documento de trabajo de la Comisión de las Comunidades Europeas *The application to the legal profession of Directive 91/308/EEC on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering* el objetivo de la modificación fue adaptarse a los nuevos métodos y técnicas de blanqueo de capitales que habían ido apareciendo en los

---

<sup>119</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Política Criminal Europea..., op.cit., pág. 176.



años precedentes<sup>120</sup>. En el texto de la normativa es destacable el artículo 2 *bis* que indica a los Estados miembros la obligación de exigir de las instituciones financieras y de crédito el cumplimiento de sus directrices. Además, la normativa refuerza una serie de deberes a profesionales y personas jurídicas que actúan en el ambiente socioeconómico<sup>121</sup>.

Los problemas relacionados con la confidencialidad y el secreto relacionado con los abogados han sido un aspecto importante de esta Directiva, pero se ha intentado

---

<sup>120</sup> GÁLVEZ KRÜGER, M.A.: Las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales y el secreto profesional de los abogados. Revista IUS, nº 36, Ed. Ius et Praxis, Lima, 2006, pág. 484 y ss. Esta autora señala que “a nivel internacional la experiencia había demostrado el incremento del uso de profesionales en leyes para disfrazar la verdadera propiedad y el control de ingresos ilegales así como para prestar asesoría y asistencia en el blanqueo de fondos criminales. Como consecuencia de lo anterior, en la segunda Directiva se alargó substancialmente el ámbito de aplicación de las reglas: por un lado, la lucha contra el blanqueo de capitales ya no quedó circunscrita a los capitales procedentes del tráfico drogas; por el otro, por primera vez en la Comunidad Europea profesionales que no eran instituciones financieras quedaron sometidos a las reglas contra blanqueo. Conforme señala el documento de la Comisión antes mencionado, en el caso de los profesionales en leyes el objetivo de las nuevas reglas fue evitar que dichos profesionales se convirtieran en instrumento de los blanqueadores de capitales debido al abuso o mal de sus servicios legales” (op.cit. pág. 487).

<sup>121</sup> Conforme destaca GÁLVEZ KRÜGER dichas obligaciones se extienden a los siguientes ámbitos: “a) Auditores, contables externos y asesores fiscales. b) Agentes de la propiedad inmobiliaria. c) Notarios y otros profesionales independientes del Derecho cuando participen: c.1. Ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a: c.1.1. La compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales. c.1.2. La gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente. c.1.3. La apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores. c.1.4. La organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas. c.1.5. La creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades fiduciarias, empresas o estructuras análogas. c.2. Ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria. d). Personas que comercian con artículos de valor elevado, como piedras y metales preciosos, u objetos de arte, subastadores, siempre que el pago se realice en efectivo y su cuantía sea igual o superior a 15.000 euros. e) Casinos. Con la modificación introducida por la segunda Directiva, por «actividad delictiva» se entiende «cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave», considerándose delitos graves, como mínimo, los siguientes: a) Cualquiera de los delitos contemplados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Convención de Viena. b) Las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el artículo 1 de la Acción Común 98/733/JAI, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva. c) El fraude según se define en el apartado 1 del artículo 1 y el artículo 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves. d) La corrupción. e) Los delitos que puedan generar beneficios considerables y que sean sancionables con pena grave de prisión de acuerdo con el Derecho Penal del estado miembro. Los estados miembros podían considerar actividad delictiva a efectos de la Directiva cualquier otro delito. En relación con la obligación de informar a las autoridades -por iniciativa propia cualquier hecho que pudiera ser indicio de blanqueo de capitales, la segunda Directiva modificó la primera Directiva disponiendo que, en el caso de notarios y otros profesionales independientes del Derecho, los estados miembros podrían designar al organismo autorregulador de la profesión de que se trate como la autoridad a la que se debe proporcionar la información. Asimismo, la segunda Directiva estableció que los estados miembros no estarían obligados a imponer la obligación de proporcionar información a los notarios, profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales, «con respecto a la información que estos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos».” Cfr. GÁLVEZ KRÜGER, M.A.: Las directivas europeas..., op.cit. pág. 490.

ajustar el enfoque de tales obligaciones. Sobre este aspecto, FERRÉ OLIVÉ señala que... “la *Directiva 2001/97/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001<sup>122</sup> brinda mayor precisión a la anterior Directiva 91/308/CEE. Se ocupa de incorporar dentro del ámbito de control a las agencias de cambio y empresas de envío de dinero, y amplía las obligaciones de identificación de clientes, conservación de registros y notificación de transacciones sospechosas a “un número limitado de actividades y profesiones que se hayan revelado susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales”. Entre ellos destaca a los notarios y “profesionales independientes del ámbito jurídico” (abogados), auditores, contables externos, asesores fiscales y agentes de la propiedad inmobiliaria.”<sup>123</sup>

A su vez DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO destaca que “esta Directiva modifica la anterior, tanto en lo que afecta a los sujetos obligados (incluyéndose también a auditores, contables externos y asesores fiscales, agentes de la propiedad inmobiliaria, notarios, así como otros profesionales del Derecho cuando participen en determinadas operaciones financieras, etc.) y a las obligaciones impuestas, como al propio concepto de blanqueo de capitales (que ya no se circunscribe a los delitos subyacentes de narcotráfico sino a cualquier «delito grave», siguiendo la definición establecida para tal denominación en la Decisión Marco 2001/500/JA, del Consejo, de 26 de junio de 2001”<sup>124</sup>.

### **C) La tercera Directiva 2005/60/CEE**

En lo que se refiere a la tercera Directiva creo que la interpretación dada por FERRÉ OLIVÉ es de fundamental importancia. Comparto íntegramente su opinión sobre las principales características de esta Directiva y estando de acuerdo con su pensamiento acompaño a continuación algunos de sus planteamientos<sup>125</sup> que serán comentados y desarrollados luego más adelante con ocasión de nuestro análisis del texto

---

<sup>122</sup> DOCE N° L 344, de 28-12-2001.

<sup>123</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Política Criminal Europea...*, op.cit., pág. 177.

<sup>124</sup> Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: *Recepción de las propuestas del GAFI y de las Directivas Europeas...*, op.cit., pág. 41.

<sup>125</sup> Por este motivo su referencia en este texto será excepcionalmente amplia, pero la reputo necesaria para una perfecta comprensión del tema.

de la nueva Directiva 2015/849 de 5 de junio de 2015, actual normativa sobre la materia.<sup>126</sup>

Para FERRÉ OLIVÉ la *Directiva 2005/60/CE*, que ha sustituido a la anterior Directiva 91/308/CEE, ha mantenido y relativizado estrategias fundamentales sobre la lucha antiblanqueo y se ha convertido desde su edición en la principal norma continental europea en esta materia, pues no sólo traza las más importantes líneas de política criminal respecto del lavado de dinero, sino que también se ha ocupado de perseguir la financiación del terrorismo y la corrupción política internacional.

No obstante, aunque es innegable la necesidad de que en Europa exista un texto legal de esta naturaleza, las dudas que el instrumento ha generado han sido muy numerosas y diversas.

El análisis del texto de la Directiva del año 2005 ha llevado a FERRÉ OLIVÉ a destacar con singular precisión que es comprensible que los Estados miembros manifiesten el deseo de que el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo queden prohibidos y que la vía penal es una opción para luchar contra todos estos fenómenos, algo que solo puede ser alcanzado mediante cierto grado de armonización que evite la impunidad a nivel internacional. Para ello, la normativa ha establecido una serie de deberes de control e información que pesan sobre múltiples actividades profesionales, cambiarias, crediticias y bancarias, que terminan asociadas a un sistema europeo de inteligencia y a la amenaza penal para todos los intervinientes que no extremen los deberes de cuidado que se imponen, pero destaca que “la forma como el legislador comunitario trata el tema abre espacio para la polémica, pues es evidente cierta interferencia sobre derechos fundamentales en el ámbito del ejercicio profesional y frente a consagradas libertades individuales”.

Estas transformaciones causadas por la ampliación de los deberes de información han causado el fortalecimiento de organismos de fiscalización como las

---

<sup>126</sup> El día 05 de junio de 2015 se ha publicado en el Boletín oficial del Estado la nueva DIRECTIVA (UE) 2015/849 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, aprobada el 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, mediante la que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva nº 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva nº 2006/70/CE de la Comisión. Esta nueva normativa, tiene como destinatarios primordiales los Estados miembros y aborda temas muy importantes en el campo de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

*Unidades de Inteligencia Financiera* (UIFs)<sup>127</sup> y en consecuencia se ha potenciado el poder del Estado. Un cambio relevante en la Directiva de 2005 fue la inclusión de disposiciones expresas y más detalladas sobre estas unidades conforme dispone el artículo 21 al afirmar que “todos los Estados miembros establecerán una UIF” y deberán garantizar que esta unidad “tenga acceso, directa o indirectamente, en el plazo requerido, a la información financiera, administrativa y policial que necesite para llevar a cabo sus funciones de manera adecuada”<sup>128</sup>. La importancia de la Tercera Directiva en la práctica se confirma por la obligación de elaboración de *informes* sobre transacciones sospechosas por parte de las *personas jurídicas*<sup>129</sup> y *sujetos obligados* (incluidos los profesionales) los cuales deben remitir datos sobre transacciones sospechosas directamente a la UIF, en lugar de a la autoridad designada como se decía anteriormente<sup>130</sup>. Sobre este aspecto FERRÉ OLIVÉ afirma que “todo este curioso entramado culmina en la Unidad de Información Financiera (UIF), organismo administrativo con autonomía en cada Estado pero coordinado por la Comisión Europea. Es la Institución dedicada a recabar información y pruebas en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que exige, recupera y procesa la información con finalidades diversas. Sin embargo, nada impediría a la UIF ampliar su

---

<sup>127</sup> En España esta función es desempeñada por el SEPBLAC - Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias de España.

<sup>128</sup> En este sentido BLANCO CORDERO: “Corresponde a los Estados miembros organizar su UIF, en lo relativo a sus funciones de análisis de la información y acceso a la misma (art. 21). Por lo tanto, los Estados pueden decidir en qué lugar de su estructura institucional ubican a la UF: en el Ministerio de Justicia, la policía, el Ministerio de Hacienda el Banco central. La UIF analiza y divulga a las autoridades competentes la información que guarde relación con el blanqueo y la financiación del terrorismo [art. 21 (2)]” (en *El delito de blanqueo de Capitales*, ob. cit., pág. 150).

<sup>129</sup> Cfr. BLANCO CORDERO destaca que bajo la normativa se encuentran diferentes clases de personas jurídicas utilizando la feliz expresión “diferentes entidades, diferentes enfoques”. Así lo dice el prestigioso autor: “Las distintas (categorías de) las entidades sujetas a la tercera Directiva difieren entre sí. El Considerando 37 señala que «a los Estados miembros les corresponderá adaptar la aplicación concreta de estas disposiciones a las peculiaridades de las distintas profesiones y a las diferencias en cuanto a su ámbito de actuación y tamaño de las entidades y personas a las que se aplican las disposiciones de la presente Directiva». Por lo tanto, un enfoque basado en el riesgo puede ser adecuado para las instituciones financieras y de crédito, si bien tenga que ser distinto para aquellos sujetos obligados que se dedican, por ejemplo, al comercio de ciertos bienes (joyas, obras de arte, etc.). Respecto de estos últimos sujetos obligados puede ser más apropiado un enfoque basado en normas (esto es, que el Estado, por lo tanto, establezca una serie de normas a cumplir por los integrantes de un sector o categoría de comerciantes), siempre y cuando tales normas estén en consonancia con lo dispuesto en la tercera Directiva. Es posible asimismo que se adopte como base un enfoque basado en normas, si bien complementado por un enfoque basado en el riesgo. Será la práctica de cada estado y de cada categoría de sujetos obligados la que disponga qué enfoque es el más adecuado” (en *El delito de blanqueo de Capitales*, ob. cit., pág. 147).

<sup>130</sup> Los deberes de información fueron reforzados en el artículo 22.1.a. que establece que los sujetos obligados deben “por iniciativa propia, y sin demora, a la UIF cuando la entidad o persona sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva sepan, sospechen o tengan motivos razonables para sospechar que se han cometido o se cometen acciones o tentativas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.”

espacio de actuación, recabando a entidades financieras, crediticias y profesionales información sobre cualquier clase de delitos económicos aprovechando el marco normativo excepcional creado en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (así, fraude fiscal, fraude de subvenciones, delitos contra la propiedad industrial o derechos de autor, etc.). Dice el art. 21. 3 que “Los Estados miembros deberán garantizar que la UIF tenga acceso, directa o indirectamente, en el plazo requerido, a la información financiera, administrativa y policial que necesite para llevar a cabo sus funciones de manera adecuada”. Adviértase que el Considerando 36º supone una exigencia más o menos encubierta de abrir paso a las UFI a los datos asentados en los sistemas electrónicos de los bancos o profesionales, siempre con el argumento último de la lucha contra el terrorismo.”<sup>131</sup>

Por otro lado, y con respecto a los aspectos conceptuales, la *definición de blanqueo de capitales* en esta normativa coincide con la de la primera directiva, si bien se especifica que la actividad delictiva precedente ha de serlo de algún delito grave<sup>132</sup>.

Por otro lado, este autor destaca que *la existencia de una necesidad de intervención penal en el campo de la lucha antiterrorista* (específicamente en lo que se refiere a su financiación) no justifica que deba existir una *equiparación* con las respuestas concebidas para enfrentar el blanqueo de capitales<sup>133</sup>.

Quizás este sea el punto de mayor interés para este trabajo de investigación pues la *equiparación entre financiación del terrorismo y blanqueo de capitales* es fruto de una estrategia que merecería una mayor reflexión. Como afirma FERRÉ OLIVÉ “esta equiparación tiene raíces en una evidente ausencia de competencias europeas en

---

<sup>131</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Política Criminal Europea..., op.cit., pág. 175 y ss.

<sup>132</sup> Sobre este aspecto BLANCO CORDERO recuerda que “la norma realiza un listado de delitos que se consideran graves, y finaliza con una cláusula amplia en la que incluye «todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses» [artículo 3 (5) (f) ]. Esto tiene un efecto armonizador. Los Estados miembros deben incluir en todo caso como delitos graves los delitos relacionados con el terrorismo, tráfico de drogas, actividades de las organizaciones criminales, fraude y corrupción [artículo 3 (5) (a) a (e)].” Cfr: BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 137.

<sup>133</sup> Así se expresa FERRÉ OLIVÉ: “La Directiva 2005/60/CE trata por igual a “blanqueadores de capitales” y a “financiadores del terrorismo” (Considerandos 3º, 5º, 15º, etc.). Con todo ello, se logra que los específicos deberes de identificación personal, real e información que se encuentran previstos sean de aplicación a todo tipo de blanqueo de capitales, con o sin finalidad terrorista. Y también que estos deberes de diligencia puedan servir de base a la responsabilidad por un delito imprudente de blanqueo de capitales.” Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Política Criminal Europea..., op.cit., pág. 171.

orden al fenómeno terrorista”<sup>134</sup>, con lo que estoy de pleno acuerdo. Aunque las intenciones puedan ser las mejores, la realidad es que se está buscando dar respuestas semejantes a problemas que son esencialmente diferentes – y lo que es más grave – se buscan medios extraordinarios y adaptados para alcanzar fines que no están estrictamente relacionados con la lucha antiterrorista. En otras palabras, la financiación del terrorismo surge como un tema central en una normativa que tiene naturaleza vinculada a la protección de intereses socioeconómicos y de la indemnidad del sistema financiero de la Unión Europea. No se niega (como se verá en el último capítulo de esta tesis) que la financiación del terrorismo pueda afectar en última instancia a la economía a raíz del fortalecimiento de una grave forma de criminalidad (el terrorismo) fenómeno que ha demostrado ser capaz de afectar el equilibrio de fuerzas político-económicas en el mundo globalizado. Sin embargo, creo que sería mejor tratar este asunto por separado, dentro de un instrumento propio – aunque semejante en algunos puntos – y no optar por la equiparación de delitos como una posibilidad que si bien puede ser cómoda es a la vez de dudosa eficacia.

Otra preocupación coadyuvante en la política-criminal diseñada por la Unión Europea por medio de la Directiva de 2005 fue el tratamiento de la *corrupción*. La corrupción política internacional ha sido abordada por el texto dado el consenso internacional sobre la necesidad de impedir el blanqueo de dinero que resulta de las relaciones de negocios correspondientes a personas que “ocupen o hayan ocupado cargos públicos importantes, máxime cuando procedan de países donde está extendida la corrupción” (Considerando 25º), mientras que la definición del concepto de personas del medio político se encuentra en el art. 3.8 de la normativa (“personas físicas que

---

<sup>134</sup> Este aspecto ha sido profundamente estudiado por FERRÉ OLIVÉ. Con respecto a este aspecto el autor afirma: “El ejercicio del *ius puniendi* en Europa siempre ha supuesto un camino plagado de dificultades. Sin una Constitución europea el andamiaje penal comunitario es extremadamente frágil. Europa quiere –pero no puede– estructurar jurídicamente una estrategia político- criminal antiterrorista. Por ese motivo se recurre a la defensa de los mercados, a manifestaciones que declaran la necesidad de una actuación comunitaria en esta materia sobre la base de una “solidez, integridad y estabilidad de entidades financieras y de crédito europeas” (Considerando 2º). Esta estrategia pretende encontrar justificación en el Considerando 3º, diciendo que “Si no se adoptan medidas de coordinación en el ámbito comunitario, los blanqueadores de capitales y los financiadores del terrorismo podrían aprovechar la libre circulación de capitales y la libre prestación de servicios financieros que trae consigo un espacio financiero integrado para facilitar sus actividades delictivas”. Cfr.: FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Política Criminal Europea..., op.cit., pág. 173.

desempeñan o hayan desempeñado funciones públicas importantes, así como sus familiares más próximos y personas reconocidas como allegados”)<sup>135</sup>.

El sistema pensado por el legislador comunitario es muy severo y busca cerrar las puertas a iniciativas ilícitas que puedan comprometer la salud del sistema financiero. Esta estrategia se cumple por medio de medidas específicas de control que se exigen por parte de los Estados y que necesitan ser implementadas por entidades financieras y profesionales. El *principio general* puede extraerse del artículo 34 de la Directiva 2005/60/CE: “1. Los Estados miembros exigirán que las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva establezcan políticas y procedimientos adecuados y apropiados en materia de diligencia debida con respecto al cliente, información, conservación de documentos, control interno, evaluación de riesgos, gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación con vistas a prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.”

Estas medidas de diligencia debida con respecto al cliente pueden ser de dos órdenes: a) medidas simplificadas<sup>136</sup> o b) medidas reforzadas<sup>137</sup>. Serán simplificadas

---

<sup>135</sup> Sobre este aspecto subraya FERRÉ OLIVÉ: “Respecto a todas estas personas se exige la aplicación de medidas normales de diligencia si son sujetos que actúan en medios políticos nacionales, y medidas reforzadas de diligencia si son personas del medio político “que residan en otro Estado miembro o tercer país”. Se trata de una situación compleja, porque es prácticamente imposible que el empleado de una sucursal bancaria pueda conocer si el eventual cliente que allí se presenta es una persona *reconocida como allegada* del ministro de turno de un país extranjero. El problema es que si efectivamente fuera un allegado a un ministro y se comprobaran actos de corrupción, quedará expedita la posibilidad de responsabilizarle penalmente por un delito de blanqueo de capitales imprudente, según el marco normativo actualmente vigente en esta materia.” Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Política Criminal Europea..., op.cit., pág. 170.

cuando se esté ante situaciones de bajo nivel de riesgo y serán reforzadas cuando las particularidades del caso pongan de manifiesto la existencia de factores de riesgo elevado, que supera el normal, indicando un potencial peligro de afección al sistema económico-financiero.

El sistema está basado en el *principio de diligencia debida*. Este principio incluye una serie de medidas así descritas por BLANCO CORDERO: “En comparación con la primera Directiva, los requisitos de la debida diligencia con respecto al cliente (DDC) han sido considerablemente ampliados y fortalecidos, pues este aspecto reviste una importancia crucial en la prevención del blanqueo y la financiación del terrorismo. Estas medidas van a aumentar la transparencia con respecto al cliente y a cualquier titular real. Los elementos de la DDC normal abarcan: la identificación del cliente y del titular real y la comprobación de su identidad, la obtención de información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios [art. 8 (1)].

Los *requisitos* de DDC abarcan los siguientes principios (art. 6 a 10, 13 a 19 y 31):

---

<sup>136</sup> Con respecto a este aspecto BLANCO CORDERO señala que “Los Estados miembros solo pueden aplicar las *medidas simplificadas* de diligencia debida en las situaciones previstas en la tercera Directiva (o en las disposiciones de aplicación de la misma, cfr. infra), con la excepción de las instituciones de crédito y financieras de la UE que actúan como clientes, para quienes es obligatoria la aplicación de la diligencia simplificada. Las situaciones de diligencia debida simplificada se caracterizan por un bajo riesgo de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo y la existencia de otras cautelas, como la supervisión de las instituciones financieras. Por otra parte, en situaciones de diligencia debida simplificada, las entidades sujetas a la tercera Directiva deben, en todo caso, reunir información suficiente para determinar si la relación con el cliente reúne las características para la aplicación de la diligencia debida simplificada (por ejemplo, si una institución financiera tiene una licencia) y, si es así, es necesario todavía aplicar la diligencia debida reforzada cuando exista sospecha de blanqueo o financiación del terrorismo: una aparente situación de diligencia debida simplificada puede así convertirse en una situación de diligencia debida reforzada. Puede ocurrir que las situaciones de diligencia debida reforzada y simplificada entren en conflicto entre sí. Se ha de tener en cuenta que la diligencia debida reforzada debe ser aplicada en todas las relaciones con los clientes de riesgo (potencial), mientras que la diligencia simplificada se puede aplicar en las situaciones en que no deberían surgir conflictos. Cuando una situación que permite una diligencia debida simplificada, sin embargo, como excepción a la regla general, deba ser considerada como de riesgo (por ejemplo, en situaciones sospechosas), se debe aplicar una diligencia debida reforzada. Por otro lado, no hay razón alguna para aplicar una diligencia debida reforzada en una situación que permite una diligencia debida simplificada, de hecho, normalmente se caracteriza, entre otros, por el bajo riesgo de lavado de dinero y financiación de terrorismo)”. El delito de blanqueo de Capitales, ob. cit., pág. 145.

<sup>137</sup> En este sentido BLANCO CORDERO define las medidas reforzadas de esta manera: “Respecto de todas las relaciones con clientes que representan un riesgo que supera el normal, las entidades sujetas a la tercera Directiva deben tomar *medidas adicionales* a las propias de la diligencia debida normal, para compensar el mayor riesgo de blanqueo o financiación del terrorismo. No se puede hacer una lista exhaustiva de los factores de riesgo de la relación con un cliente. La diligencia debida reforzada se debe aplicar en relación con todas las relaciones con los clientes de riesgo (potencial), ya se encuentren previstas en la tercera Directiva o no. Así en El delito de blanqueo de Capitales, ob. cit., pág. 145.



- Las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la Directiva deben aplicar cada uno de los *requisitos* sobre diligencia debida con respecto al cliente [art. 8 (2)].
- El *grado de aplicación* de la DDC se puede determinar en función del riesgo y dependiendo del Upo de cliente, relación de negocios, producto o transacción. Sin embargo, las entidades y personas sujetas a la Directiva deben estar en condiciones de demostrar a las autoridades competentes, incluidos los organismos autorreguladores, que las medidas adoptadas tienen el alcance adecuado en vista del riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo [art. 8 (2)].
- En cuanto al *momento* de la DDC, la identificación y comprobación de la identidad del cliente y del beneficiario real deben, en principio, realizarse: (i) antes de que se establezca una relación de negocios o de que se realice una transacción, (ii) antes de efectuar transacciones ocasionales por un valor igual o superior a 15.000 euros, ya se lleven éstas a cabo en una o en varias transacciones entre las que parezca existir algún tipo de relación, (iii) cuando existan sospechas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, con independencia de cualquier excepción, exención o umbral, y (iv) cuando existan dudas sobre la veracidad o adecuación de los datos de identificación del cliente obtenidos con anterioridad [arts. 7 y 9 (1)].
- Los *terceros* pueden aplicar la DDC siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones (arts. 14, 16 a 19).
- Se prohíben las *cuentas anónimas* y libretas de ahorro anónimas, y las relaciones de corresponsalía bancaria con un banco pantalla [art. 6 y art. 13 (5)].
- Los principios anteriores también han de aplicarse con respecto a las *relaciones ya existentes*, sin bien respecto de ellas se pueden aplicar en función de un análisis del riesgo (art. 9 [6]).
- Cuando una entidad *no pueda cumplir con la DDC*, no deberá efectuar operaciones a través de una cuenta bancaria, establecer una relación de negocios o llevar a cabo una transacción, o le exigirá que ponga fin a la relación de negocios y estudie el envío de una comunicación.”<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de Capitales, ob. cit., pág. 140.

Estas medidas son completadas con lo que dispone el artículo 34, número 2 de la Directiva que establece: “Los Estados miembros exigirán que las entidades de crédito y financieras sujetas a la presente Directiva comuniquen las políticas y los procedimientos correspondientes, cuando sean de aplicación, a las sucursales y filiales en las que tengan participación mayoritaria situadas en terceros países”. Estas medidas contribuyen para que el sistema financiero sea un ambiente más seguro, basado en el principio de confianza y transparencia, donde los agentes económicos y entidades financieras pueden actuar bajo niveles de riesgos aceptables y controlados, dentro de relaciones fiables con personas físicas o jurídicas conocidas y de buena fe. Este aspecto conecta con el concepto de titularidad real definido por el propio texto de la normativa<sup>139</sup>.

BLANCO CORDERO afirma que al igual que en la primera Directiva, las entidades sujetas a la tercera Directiva son: entidades de crédito, entidades financieras, notarios y otros profesionales independientes del Derecho en cuanto a actividades específicas, los auditores, contables externos, asesores fiscales, agentes de propiedad inmobiliaria y casinos. Además de los previstos en la primera Directiva, la tercera Directiva “también incluye los proveedores de servicios de sociedades y fideicomisos, intermediarios de seguros cuando actúen en relación con seguros de vida u otros servicios relacionados con la inversión y quienes comercien con bienes únicamente en la medida en que los pagos se efectúen al contado y por importe igual o superior a 15.000 euros. Anteriormente, sólo estaban obligados los comerciantes de metales preciosos, piedras preciosas y obras de arte”<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> Sobre este aspecto BLANCO CORDERO menciona que la un elemento clave de la tercera Directiva es el *concepto de titular real*. Sobre este punto el texto de la normativa “define al titular real como «la persona o personas físicas que posean o controlen en último término al cliente y/o la persona física por cuenta de la cual se lleve a cabo una transacción o actividad». El titular real ha de incluir, como mínimo, en el caso de las personas jurídicas, la persona o personas físicas que en último término posean o controlen una entidad jurídica a través de la propiedad o el control, directos o indirectos, en dicha persona jurídica de un porcentaje del 25 % más una acción. En el caso de las entidades jurídicas, como las fundaciones, y de los instrumentos jurídicos, como los fideicomisos, que administren y distribuyan fondos cuando ya se hayan designado los futuros titulares, la persona o personas físicas que sean titulares del 25% o más de los bienes de una entidad o un instrumento jurídico.” Además, este autor concluye con razón que “la forma en que los Estados miembros pondrán en práctica el concepto de titular real es de suma importancia, dado que la idea es generar transparencia en la relación entre el cliente y el titular real, teniendo en cuenta que los blanqueadores persiguen lo contrario. Cuanto más limitada sea la interpretación de los Estados miembros, menos transparencia habrá y, como consecuencia quedarán más márgenes de maniobra para los blanqueadores de dinero y los financiadores del terrorismo tendrán más margen de maniobra.” (así en: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 136).

<sup>140</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 137.

Pienso que la estrategia adoptada por el legislador tiene un claro perfil *preventivo*, basado en la *percepción* el *control de riesgos*<sup>141</sup>. Esta táctica es conforme al pensamiento reflejado en las 40 Recomendaciones del GAFI, y se implementa por medio de medidas de diligencia debida que pueden ser, según los casos, normales y reforzadas, dirigidas al cumplimiento de una serie de deberes de identificación personal, identificación real y de información. Por ejemplo, el art. 8 de la Directiva 2005/60/CE enumera las medidas de diligencia, que no se limitan a comprobar la identidad del cliente, sino que abarcan la obtención de información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios. Estas medidas no se restringen a las operaciones actuales sino que comprenden la aplicación de medidas de seguimiento continuo con relación a los negocios realizados, incluida la comprobación de las transacciones efectuadas a lo largo de dicha relación a fin de garantizar que coincidan con el conocimiento que tengan la entidad o persona del cliente y de su perfil empresarial y de riesgo.

A propósito de este asunto BLANCO CORDERO recuerda que “si se tiene la certeza razonable sobre la identidad del cliente y del titular real, se ha de estar especialmente alerta a cualquier actividad que pueda vincular a estas personas con *transacciones sospechosas*. Por esa razón, las entidades sujetas a la tercera Directiva han de otorgar «especial atención a cualquier actividad que, por su naturaleza, consideren particularmente probable que esté relacionada con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y, en particular, las transacciones complejas o de un importe extraordinariamente elevado, así como toda pauta de transacción no habitual que no presente un propósito económico aparente o visiblemente lícito» (art. 20). Habrá que entender que se cumple esta disposición cuando, en el contexto de un enfoque

---

<sup>141</sup> Con respecto a este aspecto BLANCO CORDERO define esta estrategia con precisión al afirmar que “en general, la *percepción del riesgo* de una relación con un cliente se determina sobre la base de *categorías de riesgo* como las siguientes: a) productos de riesgo (factores de riesgo que determinan que un producto es fácilmente utilizable para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo); b) clientes de riesgo (factores de riesgo tales como que se trate de personas políticamente expuestas, relaciones de corresponsalia, situaciones a distancia o no cara a cara, empresas que utilizan grandes cantidades de efectivo, empresas con complejas estructuras de propiedad o control, operaciones en el extranjero sin una justificación comercial legítima); c) países de riesgo (factores de riesgo tales como países que tienen pobres o débiles defensas contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, países con altos niveles de delincuencia organizada o corrupción, países sujetos a sanciones financieras por parte de los organismos internacionales); d) experiencia con un cliente, incluyendo los factores de riesgo tales como sospechas de blanqueo de dinero o financiación del terrorismo y las dudas sobre los datos obtenidos a través de los mecanismos DDC. De la percepción del riesgo se deriva, teniendo en cuenta el peso que tienen los factores de riesgo y las categorías de riesgo, qué nivel de riesgo es aplicable a la relación del cliente (potencial): es decir, DDC normal, DDC reforzada o DDC simplificada.” Así en El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 146.

basado en el riesgo, se mantiene al día una supervisión permanente de la relación comercial con el cliente, examinando las transacciones realizadas durante el curso de esa relación para asegurar que son coherentes con el conocimiento del cliente, con el perfil de negocio y del riesgo, y debiendo asegurarse de que se mantengan al día los documentos, datos o información”. Este deber de información acerca de transacciones sospechosas afecta tanto a los sujetos obligados comunes como a los profesionales, respetados los derechos fundamentales del cliente y del profesional<sup>142</sup>. Este autor también recuerda que el art. 24 exige a las entidades sujetas a la Directiva que se abstengan de ejecutar transacciones de las que sepan o sospechen que están relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo hasta tanto no hayan informado a la UIF (en este último caso, la UIF debe ser informada, sin demora, tan pronto como sea posible, y sin perjuicio de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados miembros de congelar sin dilación los fondos u otros bienes de terroristas, organizaciones terroristas y aquellos que *financian el terrorismo*, de conformidad con las resoluciones del Consejo de Seguridad).

Tal seguimiento incluye una investigación sobre el origen de los fondos y obligan a la preservación de documentos, datos o información de que se disponga, así como la actualización continuada de estas informaciones<sup>143</sup>. Estas tareas son necesarias, pero tal sistema no está exento de críticas y es bastante polémico, principalmente por los costes que conlleva y por incidir – muchas veces de forma desmesurada – sobre derechos y libertades individuales.

---

<sup>142</sup> El mismo autor menciona que “las *transacciones sospechosas* deben ser comunicadas a la UIF por las entidades sujetas a la tercera Directiva y por las autoridades supervisoras de estas entidades cuando las supervisan a ellas o los mercados en que operan (arts. 21, 22 y 25). Se permite que los notarios, profesionales independientes del Derecho, auditores, contables externos y asesores fiscales, puedan notificar sospechas de blanqueo de dinero y financiación del terrorismo a través de sus organismos autorreguladores, siempre y cuando estos transmitan de inmediato la información sin filtrar a la UIF [art. 23 (1)]. Sin embargo, pueden no estar obligados a informar «con respecto a la información que éstos reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u o tenido dicha información antes, durante o después de tales procesos» [art. 23 (2) 33, 34]. La comunicación de buena fe de las transacciones sospechosas «no constituirá violación de las restricciones sobre divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa y no implicará ningún tipo de responsabilidad para la persona o entidad, sus directivos y empleados» (art. 26). BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de Capitales, ob. cit., pág. 148.

<sup>143</sup> El art. 28 de la Directiva 2005/60/CE establece que: “Las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva, así como sus directivos y empleados, no revelarán al cliente de que se trate ni a terceros que se ha transmitido información (...) ni que está realizándose o puede realizarse una investigación sobre blanqueo de capitales o financiación del terrorismo”

En este contexto FERRÉ OLIVÉ esgrime una justa crítica al afirmar que “con toda esta sistemática se pretende convertir a las entidades bancarias y financieras, profesionales y casinos en auténticos espías a favor del sistema, que tienen el deber de denunciar e informar a la Unidad de Inteligencia Financiera, sin dar cuenta de ello a sus clientes, por iniciativa propia y sin demora, cuando “sepan, sospechen o tengan motivos razonables para sospechar que se han cometido o se cometen acciones o tentativas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo” (Art. 22.a)”<sup>144</sup>

Sobre este aspecto BLANCO CORDERO recuerda que el artículo 4 de la Directiva “obliga a los Estados miembros a velar «por hacer extensivas, total o parcialmente, las disposiciones de la presente Directiva a aquellas profesiones y categorías de empresas distintas de las entidades y personas contempladas en el artículo 2, apartado 1, que ejerzan actividades particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo». Ello significa que se espera que los Estados miembros realicen una evaluación de la vulnerabilidad de su país para el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”<sup>145</sup>.

Así mismo, existe el deber de conservar todos los documentos (material probatorio) durante 5 años. Esta obligación de preservación de informaciones conecta con otro aspecto importante: la *prohibición del anonimato*, medida que es esencial para evitar la contaminación del sistema financiero por capitales de origen criminal<sup>146</sup>.

Por otro lado, al mismo tiempo que existen deberes de información por parte de los empleados del sistema bancario y financiero (sin que se comunique al interesado) la Directiva se preocupa en proteger a dichos funcionarios de eventuales represalias. De tal suerte, el Considerando 32º de la Directiva: “ha habido casos de empleados que, habiendo comunicado sospechas de blanqueo de capitales, han sufrido acosos o acciones hostiles. Si bien la presente Directiva no puede interferir con los

---

<sup>144</sup> Cfr.: FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Política Criminal Europea..., op.cit., pág. 136.

<sup>145</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 137.

<sup>146</sup> Comentando este asunto BLANCO CORDERO afirma que “es de sobra conocido que *el anonimato es contrario a la transparencia* y, por esa razón, se rechaza de manera absoluta en este contexto. Por ello, la tercera Directiva prohíbe a «las entidades de crédito establecer o mantener relaciones de corresponsalia bancaria con un banco pantalla y requerirán a las entidades de crédito que adopten medidas adecuadas para asegurar que no entablan o mantienen relaciones de corresponsalia con el banco del que se conoce que permite el uso de sus cuentas por bancos pantalla» (art. 13.5). Aunque la tercera Directiva no menciona las firmas de valores y fondos de inversión que tienen relaciones de corresponsalia, lo más razonable es entender que esta norma debería aplicarse también a estas entidades, teniendo en cuenta el art. 4 (1) de la tercera Directiva.” (en El delito de blanqueo de Capitales, ob. cit., pág. 143).

procedimientos judiciales de los Estados miembros, se trata de un aspecto crucial para la eficacia del sistema de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Los Estados miembros deben ser conscientes del problema y hacer todo lo posible por proteger a los empleados frente a este tipo de amenazas o acciones hostiles.” Con mucho sentido FERRÉ OLIVÉ afirma que “es normal que estos improvisados espías sufran frecuentes acosos y agresiones”<sup>147</sup>.

Este mismo autor concluye que “las Directivas tienen como principal objetivo la creación de una serie de deberes de naturaleza administrativa que afectan a profesionales y operadores del sistema financiero, en su relación con la Administración Pública estatal y comunitaria. Sin embargo, también existe un planteamiento estrictamente político-criminal, en cuanto el art 39.1 dispone que “Los Estados miembros se asegurarán de que a las personas físicas y jurídicas sujetas a lo dispuesto en la presente directiva pueda imputárseles responsabilidad cuando infrinjan las disposiciones de Derecho nacional adoptadas de conformidad con la presente directiva. Las sanciones serán eficaces, proporcionadas y disuasorias”. Esta es la fórmula eufemística con la que Europa *exige sin exigir* –ya que no es competente- a los Estados miembros que establezcan sanciones penales. Porque si bien Terradillos considera que estas fórmulas evitan predeterminar las decisiones parlamentarias en el sentido de obligarles a tipificar delitos y penas, entiendo que el mensaje que se envía sugiere *velada pero enérgicamente* el recurso al Derecho Penal para dar solución al conflicto. Podemos afirmar que una exigencia expresa de criminalización no es necesaria en el caso de España, cuyo Código Penal prevé suficientes respuestas penales como para poder perseguir con soltura toda forma de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Incluso se debe reflexionar acerca de este proceso fuertemente expansivo en materia de protección penal contra el blanqueo de capitales de origen ilícito. Pues como ha sostenido Bottke en relación al delito de blanqueo de capitales en Alemania, “No se sabe si las modificaciones de los preceptos legales han aumentado su eficacia. Queda por resolver, si las tendencias a la ampliación al ámbito regulado por el precepto penal son plausibles o censurables”. Y por todo lo expuesto nos decantamos, por el momento, hacia la censura.”<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Política Criminal Europea..., op. cit., pág. 175.

<sup>148</sup> Así lo expresa con precisión FERRÉ OLIVÉ, op. y loc. cit.

En sus comentarios sobre el estado de la cuestión en América, cuando se refiere al Reglamento Modelo de la CICAD, CERVINI elabora una razonable crítica que comparto y pienso es muy pertinente: “en el contexto de las estrategias legales contra el narcotráfico se ha desarrollado desde hace algunos años la *Teoría del Desplazamiento de las Cargas de Vigilancia*, por las cuales pretende *colocar en la cabeza de las entidades financieras obligaciones de control social propias de las agencias estatales*. Las obligaciones que los bancos conozcan la identidad real del cliente y verifiquen fehacientemente el origen de los fondos -absteniéndose de realizar cualquier operación en caso de sospechas- no sólo encarece y torna cada vez más engorrosa la actividad financiera, sino que coloca a estas entidades ante el riesgo de afrontar sanciones administrativas y aún penales ante evidentes casos de omisiones puramente abstractas de normas bancocentralistas cuando no de regulaciones intercorporativas como por ejemplo, aquellas que surgen de la Convención de Basilea de 1988. Con esta tendencia a colocar a las instituciones financieras en posición de garante del bien jurídico tutelado se ingresa de lleno a la teoría de los delitos de omisión. La dogmática tradicional ha sostenido que todo tipo de comisión, salvo excepciones específicas, es realizable por omisión empero. Hoy en día resulta difícil sostener tamaña tesitura pues existen delitos que raramente pueden ser perpetrados mediante omisión, entre ellos los de comisión por propia mano. Sobre el punto expresa Kaufmann que no a todo tipo de comisión se permite desarrollar un correspondiente tipo de mandato de garantía que concuerde con aquel, en contenido de injusto y merecimiento de pena. Solamente, agrega, cuando la lesión de un bien jurídico o su puesta en peligro abre el tipo objetivo del delito de comisión y no resultan exigibles especiales elementos del tipo comisibles por propia mano, puede establecerse un exacto paralelo entre la dolosa provocación del resultado y su no impedimento e parte de un garante, que por otra parte está en condiciones de impedirlo. Por lo tanto, si bien no es generalizable la comisión por omisión a todos los tipos penales, la misma, bien que muy limitadamente, puede conformar una forma de perpetrar el delito de encubrimiento, figura ésta que en verdad constituye, por lo menos, la estructura típica de la cual parte la conceptualidad del delito de lavado de dinero. Ello significa que, desde un punto de vista dogmático, las instituciones financieras –o sus directores, administradores, etc., en aquellos sistemas jurídicos que recogen la máxima “*societas delinquere non potest*”- pueden ser inculadas como autoras del delito de lavado de activos en su modalidad de comisión por omisión, o en su caso constituirse en sujetos activos de un delito de

omisión propiamente dicho. En unos y otros coincide, pesando sobre la cabeza del sujeto omitente, la obligación de evitar el resultado disvalioso que la norma penal persigue en su tutela. Tanto en la omisión propia como en la impropia, el omitente decide acerca del avance del peligro en relación al bien jurídico tutelado, y ello sin entrar, por el momento, al debatido problema de las fuentes del deber de actuar.”<sup>149</sup>

Por esa razón es comprensible que otro aspecto muy importante que se ha visto afectado por la Directiva en análisis ha sido la cuestión del *blanqueo* en su modalidad *imprudente*, conducta prevista en el art. 301.3 del Código Penal español. Esta vía de respuesta - tanto en el ámbito de la Directiva como en el campo penal – conlleva muchos problemas y cuestionamientos, principalmente en el ámbito probatorio, de la definición del aspecto subjetivo, y en lo que se refiere al establecimiento de *deberes de vigilancia y de garantía*.

No se niega que la admisión del tipo imprudente supone una herramienta importante y necesaria bajo determinadas circunstancias, especialmente cuando se advierte la escasa eficacia de los tipos dolosos en términos de resultados concretos y condenas.

Sin embargo, esta estrategia necesita ser matizada y utilizada con extrema cautela, pues puede implicar un desgaste de derechos y garantías individuales. Así, el sacrificio del derecho a no autoinculparse, la afección a la presunción de inocencia, a la no asunción de riesgos más allá de lo razonable, y en definitiva la creación de un sistema basado en obligaciones de vigilancia que deben ser ejercidas por un particular bajo supervisión del Estado. Se trasladan al individuo deberes que son en realidad del propio poder estatal en cuanto detentador del *ius puniendi*, atributo que conlleva deberes públicos - y no privados - de persecución penal. En otras palabras, el delito imprudente basado en pesadas y muy amplias obligaciones de vigilancia y garantía transfiere al individuo obligaciones de fiscalización que son en realidad una tarea del Estado, que se limita cómodamente al cumplimiento de tareas de seguimiento bajo la amenaza penal en

---

<sup>149</sup> Así en nuestro libro en común: CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: *Lei de lavagem de capitais...*, op.cit. pág. 167-169.



caso de incumplimiento estricto de sus metas y objetivos<sup>150</sup>. Una de las más destacadas características del texto fue la concepción de un proceso de selección de los destinatarios obligados que se convierten en potenciales responsables de un delito de blanqueo de capitales imprudente en el caso de incumplimiento de sus deberes de diligencia<sup>151</sup>.

Sobre este aspecto, estoy de acuerdo con el pensamiento de CERVINI<sup>152</sup>, cuando de manera muy razonable afirma que “para que exista una posición penal de garante resulta ineludible la existencia de un deber de actuar que se omite. Si lo que se pretende es colocar a determinadas instituciones que tradicionalmente no han sido portadoras del poder de control social en posición de garante de un determinado bien jurídico, debemos preguntarnos por el fundamento de esa posición en relación directa a su estrechez con el bien jurídico. No ingresaremos al análisis acabado de la naturaleza de éste, pues lo verdaderamente relevante en este momento es ubicar a las instituciones

---

<sup>150</sup> Sobre este aspecto, afirma FERRÉ OLIVÉ: “la intervención del Derecho penal para prevenir conductas impudentes de blanqueo no es la regla en Europa, sino más bien la excepción. Podemos destacar la regulación prevista por el Parágrafo 261. V del Código Penal alemán, que sanciona a quien por negligencia permita la comisión de una operación de blanqueo de dinero, con penas de hasta dos años de privación de libertad o multa. Son este tipo de preceptos los que facilitan un desarrollo amplio de la estrategia político-criminal europea. Consideramos que el mantenimiento del tipo imprudente y su aplicación a la materia aquí analizada coincide plenamente con la doble fundamentación que se maneja -y al mismo tiempo cuestiona- por parte de la doctrina. El tipo imprudente se mantiene para evitar las enormes dificultades probatorias, permitiendo así una inversión de la carga de la prueba. Se obliga a bancos, entidades de crédito, notarias, despachos de abogados, etc. a vigilar a sus clientes y denunciarlos. El incumplimiento de estos deberes integra el deber de cuidado y en definitiva da fundamento a la responsabilidad penal. Este argumento es a todas luces rechazable en nuestro Derecho positivo, pero la realidad nos indica que se aproxima bastante al fin último que parecen perseguir las administraciones públicas europeas. Se evita la problemática singular de la prueba del dolo, con lo que resultan punibles los casos de error de tipo vencible. La preocupación europea por la prueba del dolo es tan evidente, que puede leerse en el art. 1.5 de la Directiva 2005/60/CE que: “ El conocimiento, la intención o la motivación que han de darse en las actividades a que se refiere el presente artículo, apartados 2 y 4, podrán establecerse basándose en elementos de hecho objetivos”. La existencia de un tipo penal imprudente en materia de blanqueo de capitales es un elemento más que contribuye a la eficacia real de la lucha contra esta modalidad delictiva. Pero una vez que el tipo se integra con los deberes positivos que surgen de las Directivas europeas, la solución se asimila a la que brinda el Derecho penal económico de los Estados Unidos de América, donde siempre existen serias dudas acerca de la vigencia del derecho a no autoinculparse. En la práctica, se construye un sistema que obliga a suministrar datos a la Administración bajo amenaza penal, lo que según los parámetros jurídicos europeos *no oficialistas* resulta a todas luces inadmisibile.” Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Política Criminal Europea..., op.cit., pág. 178.

<sup>151</sup> En este sentido, FERRÉ OLIVÉ afirma que “según el art. 2.1, esta normativa es de aplicación a personas físicas y jurídicas que actúen como entidades de crédito, entidades financieras, profesionales (auditores, asesores fiscales, notarios, agentes de la propiedad inmobiliaria y otras actividades próximas) y casinos. Sobre todos estos sujetos pesa el deber de cumplir con las medidas simplificadas y reforzadas de diligencia. En otras palabras, sobre ellos recae el deber de examinar con extremada atención cualquier transacción económica que pueda estar vinculada al blanqueo de dinero o la financiación del terrorismo. La lógica preocupación proviene de que la simple negligencia en su actuación resultará punible.” Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Política Criminal Europea..., op.cit., pág. 172.

<sup>152</sup> Expresado en nuestro libro en común: CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: Lei de lavagem de capitais..., op.cit. pág. 170 y ss.

financieras en el cuadro de relación con los bienes jurídicos. Obviamente no puede sostenerse que se encuentren enmarcadas en una especial vinculación con el titular del bien jurídico, ni siquiera en la posición de la comunidad estrecha sostenida por Welzel, por lo que resulta forzoso recurrir a otro fundamento. Se ha expresado que la posición de garante puede darse sin que exista una vinculación del sujeto con el titular del bien jurídico; y en tal caso el titular de la posición de garante tiene un deber de garantía dirigido a la defensa de cualquier bien jurídico que pueda derivarse de una determinada fuente. Esta tesitura consagra una posición de vigilancia para con una fuente determinada de peligro. Pero, ¿cómo se determina que un sujeto esté jurídicamente colocado en esta posición? Ello puede devenir por ejemplo de la tenencia de cosas materiales socialmente peligrosas, del hacer precedente de quien crea la fuente de riesgo, o de la colocación del sujeto por razones de política criminal en una especial posición estatutaria, como por ejemplo el caso de los bomberos o la policía. En este último caso la posición de garante deriva de una posición monopólica de cuidado de ciertas fuentes de peligro. Como vemos no se trata por consiguiente de un mero problema legislativo, que devenga en la necesidad de establecer la norma fuente del mandato de acción, sino lisa y llanamente, de establecer si es dogmáticamente admisible, colocar normativamente a un sujeto en posición de garante para la vigilancia a influjos de una determinada política criminal. En otros términos, si resulta admisible en la moderna dogmática, el desplazamiento de los deberes de control social desde las agencias monopólicas de vigilancia hacia instituciones o sujetos de derecho privado, o si por el simple imperio normativo, puede estatuirse esa posición de garante cuando no se cumple la función monopólica de cuidado sobre dicha fuente de riesgo. Estamos ante un discutible fenómeno de “delegación”. Ante la impotencia en determinadas áreas de las agencias portadoras del control social, se procura desplazar ese deber de actuar hacia otras entidades en realidad no portadoras de función alguna de control social o de vigilancia de posible lesión al bien jurídico. Acá se encuentra el eje de la llamada “posición de garante”, muy coherente por cierto, con la tendencia a poner en la cabeza de particulares deberes investigativos innominados y difusos en determinadas áreas delincuenciales. De acuerdo a los criterios dogmáticos que hasta aquí hemos venido manejando, debemos concluir que no hay razón ontológica para sostener una relación estrecha entre las entidades financieras y el bien jurídico a tutelar, a menos que esa

relación se consagre a través de una clara ficción legal por razones de imposibilidad de control de las agencias estatales de vigilancia”<sup>153</sup>.

Este proceso de selección también ha influido sobre el tema del *secreto* (tanto bancario como el profesional)<sup>154</sup>. Como afirma FERRÉ OLIVÉ, “a partir de este marco normativo el secreto bancario resulta inexistente, o al menos queda completamente entredicho” y la incorporación de los profesionales de la abogacía como potenciales sospechosos viene a consagrar consagrado un verdadero deber de garante profesional a la abogacía (deberes de control y de información que colocan al abogado en un papel de confidente necesario e incluso parecen premiar la figura del abogado delator de su propio cliente), razón por la cual este autor ha defendido – con mucha razón creo – que “este ataque contra el secreto profesional del abogado afecta necesariamente derechos constitucionales”<sup>155</sup>.

No obstante, pienso que la *regulación administrativa* es muy importante y representa un mecanismo previo al Derecho penal que no puede ser subestimado. La existencia de una autorregulación en el ámbito económico-financiero, y la presencia de fuertes reglas administrativas, representan mecanismos extrapenales de defensa saludable pues permiten organizar las fuerzas del Estado alrededor de objetivos preventivos y en favor de la indemnidad del sistema. En este sentido, cuanto más se favorece la vía administrativa menor será la demanda de intervención penal, respuesta que debe restar como última opción en el arsenal estatal.

Sobre esta materia, pienso que tiene buena dosis de razón CERVINI cuando señala en nuestro libro en común que “las normas autorregulatorias de conducta profesional y debida diligencia consagradas entre las instituciones financieras se han

---

<sup>153</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: *Lei de lavagem de capitais...*, op.cit. pág. 170/171.

<sup>154</sup> BLANCO CORDERO señala que “sobre el tema de los abogados y otros profesionales del Derecho, se mantienen las excepciones a la obligación de información en el art. 23(2). Sin embargo, se ha producido un cambio importante en lo relativo a la «prohibición de revelación» prevista en el artículo 28. Se ha eliminado la posibilidad de que los Estados miembros eximan a los abogados de esta obligación, que se incluyó en 2001, ya que no se acomodaba a la versión revisada de las cuarenta recomendaciones del GAFI. En cambio, el artículo 28 (6) ahora dice que cuando los abogados y otros profesionales del Derecho «intentan disuadir a un cliente de una actividad ilegal, ello no constituirá revelación a efectos del apartado 1». Otro cambio en la disposición sobre la prohibición de revelación se refiere a la no revelación al cliente o a terceros de que «puede realizarse» una investigación sobre blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. Se ha cubierto así una posible laguna, pues con anterioridad la prohibición de revelación se limitaba a situaciones en las que se estaba llevando a cabo una investigación.” Cfr. BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo de capitales...*, op.cit., pág. 136.

<sup>155</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Política Criminal Europea...*, op.cit., pág. 177.

mostrado como instrumentos muy adecuados en la lucha mundial contra las manifestaciones más gravosas de delincuencia organizada. Muchos de esos principios de saludable conducta profesional han sido acogidos sucesivamente por el derecho administrativo sancionatorio y por el Derecho Penal. La vía de introducción fue tanto la incorporación directa al derecho positivo interno como los compromisos que en el ámbito bilateral o multilateral han suscripto los Estados. *El pasaje de ciertas obligaciones autorregulatorias al derecho sancionatorio no siempre se hizo con la debida prudencia y técnica jurídica.* Hoy, como reflejo de la lucha contra el narcolavado, el sistema financiero sufre la arremetida de un Derecho Penal “intervencionista” o “activo” que sacrifica medulares principios del Derecho Penal liberal y la propia seguridad jurídica por ciertos márgenes de hipotética eficiencia.”<sup>156</sup>

Este autor enfrenta acertadamente la cuestión relativa a los problemas causados por la excesiva intervención del Estado en las libertades individuales, incluso por la vía administrativa, al afirmar que “las hipótesis de omisión impropia a deberes de cuidado, de por sí técnicamente desaconsejables, deben *limitarse prudentemente* y referir a una lista muy concreta y explícita de hipótesis operativas cuya observación pueda razonablemente exigirse sin desmedro de la propia actividad profesional. El deber de cuidado debe estar directamente vinculado al volumen y calidad perceptible del *riesgo* a través de elementos denotativos objetivos, pero no puede abrirse hipertrofiado hasta el infinito. La conducta esperada de una institución financiera no puede supeditarse a la mera potencialidad hipotética del riesgo, ya que en sustancia y desde una perspectiva funcionalista, toda intervención u operación del sector, por pequeña o inocua que parezca, podría estar eventualmente conectada con alguna actividad irregular. El sector financiero no puede razonablemente hacerse cargo y por si sólo, de desentrañar todas la eventuales connotaciones personales o reales de cada una de sus potenciales intervenciones, menos aún con la amenaza de una sanción penal al incumplimiento de deberes de cuidado explicitados en forma inadecuada. Imposiciones de este tipo conllevan enormes costos que quitan todo interés al negocio financiero o sencillamente no se aplican.”<sup>157</sup>

---

<sup>156</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: Lei de lavagem de capitais..., op.cit. pág. 129.

<sup>157</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: Lei de lavagem de capitais..., op.cit. pág. 130.

Por lo demás, también estoy de acuerdo con FERRÉ OLIVÉ cuando afirma que a una falta de competencias político-criminales se une a la evidente ineptitud de los legisladores europeos en esta materia<sup>158</sup>, situación que se ha agravado a lo largo del tiempo y se ha consolidado en gran parte por medio de la nueva Directiva 2015/849 de 20 de mayo de 2015, que será estudiada a continuación.

Creo que es necesaria una última observación acerca de las *perspectivas* que generan normativas de este tipo. BLANCO CORDERO menciona con mucha precisión que esta Directiva “es una norma de mínimos”, o sea, “al igual que en la primera Directiva (art. 15), la tercera Directiva es una norma de mínimos. De acuerdo con el artículo 5, los Estados miembros «podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva disposiciones más estrictas para impedir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo».”<sup>159</sup> Esta afirmación tiene su razón de ser, pues las Directivas poseen un carácter netamente preventivo y miran hacia el futuro buscando impedir ataques a intereses del sistema económico-financiero. Por esa razón es posible afirmar que el sistema jurídico en esta materia continuará sufriendo grandes transformaciones en el futuro. Señal de los tiempos.

#### **D) La nueva Directiva 2015/849 de 20 de mayo de 2015 del Parlamento y del Consejo**

El día 5 de junio de 2015 se ha publicado en el Boletín oficial de la UE la nueva DIRECTIVA (UE) 2015/849 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, aprobada el 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva nº 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva nº 2006/70/CE de la Comisión.

---

<sup>158</sup> Co FERRÉ OLIVÉ sostiene que “La falta de competencias político-criminales se une a la evidente ineptitud de los legisladores europeos, que han llegado a enunciar en el ‘Considerando 48’ de esta curiosa Directiva literalmente lo siguiente: “*La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.*” Esta *excusatio non petita*, es una *acusatio manifesta*, una metodología completamente inusual en un texto normativo que pone en clara evidencia las carencias de su contenido.” Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Política Criminal Europea...*, op.cit., pág. 177.

<sup>159</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo de Capitales*, ob. cit., pág. 139.

Esta nueva normativa, tiene como destinatarios primordiales a los Estados miembros<sup>160</sup> y aborda temas muy importantes en el campo de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. El texto tiene trascendencia en el ámbito penal y sus reglas afectan a la política criminal de los países miembros de la Unión Europea en la medida en que están sujetos a un plazo para la transposición a su derecho interno<sup>161</sup>. Por otro lado, la norma representa una hoja de ruta dirigida a las autoridades públicas y todos los que intervienen en el mercado financiero con la finalidad de evitar el mal uso de los medios económicos para finalidades ilícitas. A propósito de ello, es sobradamente conocida la importancia de la estrategia preventiva en el campo de la política criminal, de manera que todas las iniciativas destinadas a conferir eficacia a los estándares internacionales que buscan impedir la comisión de delitos es siempre muy bien recibida. De tal suerte, con la nueva Directiva la Unión Europea muestra su preocupación en cuanto al blanqueo de capitales, delito que ha dinamitado a numerosas entidades, independientemente de su tamaño y lugar de origen y, en casos extremos, ha afectado a la economía de muchos países.

El texto mantiene la estrategia trazada hace más de dos décadas por la Directiva 91/308/CEE de 10 de junio de 1991 destinada a la prevención de la utilización del sistema financiero de la Unión para el blanqueo de capitales, y amplía sus objetivos al incluir en este contexto la lucha contra la financiación del terrorismo, tema que también había sido tratado en la anterior Directiva 2005/60/CE. También guarda relación con la política establecida por la *Decisión Marco 2002/475/JAI*, de 13 de junio, *sobre la lucha contra el terrorismo*, y afianza principios consagrados en el *Convenio internacional para la financiación del terrorismo* de 1999<sup>162</sup>.

El nuevo texto nace con aspiraciones preventivas de gran envergadura, por lo que es inevitable cierta polémica acerca de los casi setenta temas que regula y de los muchos compromisos que genera, especialmente en el campo de la progresiva ampliación de respuestas de carácter penal por parte de los Estados miembros.

---

<sup>160</sup> Artículo 69.

<sup>161</sup> Dice el artículo 67 de la Directiva: “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 26 de junio de 2017. Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas medidas.”

<sup>162</sup> Instrumentos que han determinado la introducción del nuevo delito de financiación del terrorismo en España (artículo 576 bis del Código Penal) por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y la Ley 10/2010, de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, que corresponde a la anterior Directiva 2005/60/CE, y que tendrá de ser revisada para adaptarse a la nueva normativa.

A ello se suman las inmensas dificultades de transposición normativa al derecho interno de cada país miembro de la Unión Europea, dada la enorme complejidad temática del texto que se acaba de aprobar. Lo demuestra el hecho de que a lo largo de casi tres años de tramitación han surgido intensos debates acerca de muchos de sus aspectos. Entre los temas más difíciles y movedizos tratados por la normativa se encuentran reglas que afectan al secreto bancario y la redefinición de los deberes de diligencia por parte de los sujetos obligados. En este contexto, la ampliación de los sujetos destinatarios ha generado una heterogeneidad de sectores que pasan a ser objeto de vigilancia. Deberes de identificación real y final de los titulares, propietarios, miembros de entidades, o personas jurídicas, representan una estrategia basada en el cerco a las operaciones llamadas sospechosas o atípicas, al lado de obligaciones de “seguimiento extendido” de los negocios realizados para el conocimiento de su real finalidad. Toda esta estrategia se realiza en medio a un claro mensaje de amenaza en cuanto a la imposición de penas, y una velada fuga hacia el derecho penal, en la medida en que el texto exige a los países la represión penal de los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo de manera indistinta. En este sentido se puede afirmar que la política criminal que se implanta va más allá de los fines preventivos y sirve de medio indirecto de persecución penal del terrorismo y otros delitos.

El nuevo texto que se ha aprobado guarda correspondencia con las normas que España ha dictado en los últimos tiempos para la transposición de la anterior normativa<sup>163</sup> basada en la Directiva 2005/60/CE, fundamentalmente la Ley 10/2010 de 28 de abril, que se ocupa de la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación

---

<sup>163</sup>La experiencia de España se puede verificar en el resultado de la reciente evaluación del país por parte del GAFI, publicada en diciembre de 2014, indicando un alto nivel de cumplimiento de las normas, principios y estándares internacionales en el campo de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Sobre el tema: Medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo – España, Informe sobre la Cuarta Ronda de Evaluación Mutua, FATF-GAFI (The FATF Mutual Evaluation Report), 2014 (accesible en [http://www.sepbac.es/espanol/informes\\_y\\_publicaciones/informe\\_eval\\_mutua\\_esp2014.pdf](http://www.sepbac.es/espanol/informes_y_publicaciones/informe_eval_mutua_esp2014.pdf)).

del terrorismo<sup>164</sup>, y su reglamento<sup>165</sup>, el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo. El impacto del nuevo texto será gradual en la medida en que el reciente instrumento comunitario demandará un nuevo proceso de adaptación legislativa por parte de España.

En líneas generales el CAPÍTULO I de la nueva Directiva establece aclaraciones conceptuales que sirven de guía terminológica y que interesan al Derecho Penal pues aportan precisión a los tipos penales que guardan relación con la materia.

La Sección I del nuevo texto jurídico europeo establece el objeto, ámbito y definiciones sobre el concepto de los delitos de blanqueo de capitales (artículo 1.3. y 1.4) y financiación del terrorismo (artículo 1.5) dentro de un contexto tanto represivo como preventivo (donde destaca la evaluación de riesgos – Sección II, artículo 6, 7, y 8).

En este sentido, se han detallado importantes conceptos como el significado de “entidades obligadas” (artículo 2.) y se establece el contenido de expresiones como: a) “entidad de crédito” (artículo 3.1.), b) “entidad financiera” (artículo 3.2.), c) “bienes” (artículo 3.3.), d) “actividad delictiva” (artículo 3.4.), e) “organismo regulador” (artículo 3.5.), f) “titular real” (artículo 3.6.), g) “proveedor de servicios a sociedades o fideicomisos” (artículo 3.7.), h) “relación de corresponsalía” (artículo 3.8.), i) “personas

---

<sup>164</sup> BOE de 29 de abril de 2010. Esta ley transpone la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo, desarrollada por la Directiva 2006/70/CE. Adapta la terminología y sistemática de la Directiva a las prácticas legislativas españolas, procede a la unificación de los regímenes de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del territorio del terrorismo, regula las obligaciones, las actuaciones y los procedimientos para prevenir e impedir la utilización del sistema financiero, así como de otros sectores de actividad económica, para el blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación en la comisión de un delito, y establece la obligación de comunicar las operaciones que presenten indicios de estar relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Asimismo, regula la obligación de comunicación sistemática de operaciones al Servicio Ejecutivo, imponiendo la obligación a quienes deben cumplir la Ley de contar con procedimientos y órganos internos para la prevención del blanqueo de capitales, y exige a las entidades españolas que establezcan en sus sucursales y filiales en el extranjero procedimientos internos de prevención del blanqueo de capitales. Por fin, la Ley 10/2010 establece un cuadro sancionador común a los distintos tipos de sujetos obligados y regula la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y su Servicio Ejecutivo.

<sup>165</sup> El reciente Reglamento de la Ley 10/2010 toma en consideración el nuevo enfoque orientado al riesgo de la normativa en España, además de incorporar las principales novedades de la normativa internacional a partir de la aprobación de las nuevas Recomendaciones de GAFI del año 2012. El texto establece la obligación de los sujetos obligados de analizar los riesgos principales en función del tipo de negocio, de productos y de clientes con los que establezcan relaciones de negocio, redimensiona las obligaciones de tipo procedimental exigidas a ciertos tipos de sujetos obligados y limita las obligaciones procedimentales para los sujetos de tamaño reducido. Esta normativa ha incrementado la exigencia a los sujetos obligados en función de la dimensión y volumen de negocio y desarrolla el art. 43 de la Ley 10/2010, de 28 abril, por el que se prevé la creación de un “Fichero de Titularidades Financieras”, revisando el esquema institucional dedicado a la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Refuerza a la Comisión mediante la ampliación de las instituciones en ella participantes y la creación de un nuevo órgano dependiente de aquella: el Comité de Inteligencia Financiera. El texto está accesible en: [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-4742](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-4742) .



del medio político” (artículo 3.9.), j) “familiares” (artículo 3.10.), k) “personas reconocidas como allegados” (artículo 3.11.), l) “dirección” (artículo 3.12.), m) “relación de negocios” (artículo 3.13.), n) “servicios de juegos de azar” (artículo 3.14.), o) “grupo” (artículo 3.15.), p) “dinero electrónico” (artículo 3.16) y q) “banco pantalla” (artículo 3.17).

En apretada síntesis, el artículo tercero contiene definiciones relevantes para la caracterización de los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo una vez que permite el ajuste de la tipicidad penal de dichas figuras penales.

Por otro lado, ya en el campo de la “evaluación de riesgos” (Sección 2, artículos 6, 7 y 8) la normativa ofrece a los países miembros las condiciones para la adopción de “medidas de diligencia debida con respecto al cliente” (todas previstas en el Capítulo II (artículos 10, 11, 12 y 13). Tal evaluación, que tiene carácter periódico, abarca específicamente el riesgo de utilización del sistema financiero de la Unión para operaciones de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (artículo 6.1).

El CAPITULO II trata la cuestión del deber de conocimiento acerca de la identidad real de los clientes, personas físicas o jurídicas (artículos 10 a 14) y el polémico compromiso de adopción de medidas de seguimiento continuo de todas las relaciones de negocios subsiguientes. Estas medidas de seguimiento pueden tener el carácter simplificado (artículos 15, 16 y 17 de la Sección 2) restringido a negocios de menor riesgo que sean atípicos o sospechosos. Por otro lado, negocios más arriesgados (en función de su valor o en razón de la calidad de las personas físicas o jurídicas intervinientes) están sometidos a medidas reforzadas de diligencia debida, así definidas en la Sección 3 (artículos 18 a 24 respectivamente). Estas medidas son de obligatoria incidencia especialmente en los supuestos de transacciones con terceros países identificados por la Comisión Europea o Estados miembros como de alto riesgo de exposición al blanqueo o a la financiación del terrorismo.

Sobre este aspecto sería conveniente que la Unión Europea tuviera una lista de jurisdicciones o países no cooperantes consiguiendo cierto grado de uniformidad y certeza a las relaciones financieras del bloque económico<sup>166</sup>.

En la Sección 4 (artículos 25 a 29) se posibilita a los Estados miembros la facultad de delegar a terceros la fiscalización y cumplimiento de los requisitos de diligencia debida, sin exención de responsabilidades por los negocios realizados. Esta válvula de escape es una forma de incluir a organizaciones o federaciones de entidades obligadas en las tareas de seguimiento mientras no se encuentren en territorios considerados de alto riesgo.

Un importante punto de la normativa relativo a los niveles de riesgo inherentes a las operaciones financieras, está previsto en el CAPÍTULO III (artículos 30 y 31) y versa sobre la obtención de información adecuada, precisa y actual, sobre el cliente y respecto a la titularidad real de los negocios (su autoría, propiedad, y las personas jurídicas o físicas intervinientes) para disminuir la posibilidad de que el sistema financiero sea utilizado de forma ilícita. Estas informaciones constituyen la base de datos acerca de situaciones de riesgo que pueden ser consideradas atípicas o sospechosas por las Unidades de Inteligencia Financiera, y son el presupuesto de actuación de la norma penal pues definen el carácter ilícito de los capitales manejados por el agente en este delito, o puede indicar que fondos lícitos estén siendo recaudados o puestos a disposición de organizaciones terroristas.

A su vez, el CAPÍTULO IV, titulado “Organizaciones de Información”, las regula en la Sección I (artículos 32 a 38). El diseño de dichos organismos de control es una pieza clave dentro del sistema de fiscalización administrativa cuyas características de independencia y autonomía vienen definidas en el art. 32.3.

---

<sup>166</sup>El propio estatuto establece un plazo estimado de dos años para que se llegue a un cierto acuerdo respecto del siempre polémico tema de las “listas negras”. Sobre el asunto cabe recordar que el 17 de junio de 2015 ha sido presentada una primera lista paneuropea de jurisdicciones de terceros países no cooperativas con ocasión de la publicación del Plan Europeo de Acción fiscal. En dicha lista figuran 30 países o territorios considerados como no cooperativos en materia de lucha contra el fraude y la evasión fiscal. En cuanto a la lista negra paneuropea, el Ejecutivo comunitario no ha decidido cuáles son los países que figuran en esta lista, sino que se ha limitado a recopilar a los que aparecen en al menos 10 de las listas nacionales de los Estados miembros. Bruselas considera que la actual estrategia “fragmentada” de la UE contra los paraísos fiscales no funciona a la hora de frenar la elusión fiscal por parte de las multinacionales, porque no todos los países tienen una lista negra y no todos los que la tienen adoptan represalias contra los paraísos fiscales incluidos. En lo que se refiere a Europa, cuatro paraísos fiscales se señalan: Andorra, Mónaco, Liechtenstein y la isla de Guernsey, en el canal de la Mancha, territorio dependiente de Reino Unido.

Con las nuevas reglas se refuerza la idea de que el trabajo de fiscalización recae fundamentalmente sobre las llamadas unidades de inteligencia financiera<sup>167</sup> y consiste en el cruce de datos ofrecidos por los propios entes obligados. Precisamente en este punto reside quizás uno de los aspectos más polémicos de toda la normativa recién adoptada, pues el texto prevé la “prohibición de revelación” al cliente afectado y a terceros de que se están fiscalizando sus operaciones. El asunto es tratado en la Sección 2 del Capítulo IV, concretamente en su artículo 39, y en pocas palabras impide a las entidades obligadas - incluidos los profesionales que actúen en el sector económico, de asesoría contable, notarial, fiscal o jurídica –a comunicar a sus clientes que se está transmitiendo o se ha transmitido información a los órganos de control ni que se está realizando o se puede realizar un análisis sobre el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

Sobre este aspecto, que ya había sido tratado en la Directiva anterior del año 2005, FERRÉ OLIVÉ ha denunciado que “con toda esta sistemática se pretende convertir a las entidades bancarias y financieras, profesionales y casinos en auténticos espías a favor del sistema, que tienen el deber de denunciar e informar a la Unidad de Inteligencia Financiera, sin dar cuenta de ello a sus clientes”<sup>168</sup>. Esta razonable observación de FERRÉ OLIVÉ coincide con la advertencia de CERVINI frente a las tendencias que existen también en el continente americano en el ámbito del Reglamento Modelo de la CICAD. Este autor considera que “la normativa en análisis no tiene, entonces, otra finalidad que la de operar una verdadera leva civil, instituir una *policía particular* en las instituciones financieras, confiriéndose a sus integrantes rango de *centinelas* y estatuto militarizado, según un código de derechos y obligaciones exigible, no sólo bajo responsabilidad administrativa, sino, también, bajo responsabilidad penal.”<sup>169</sup> Por esta razón, es posible afirmar que en este punto estamos ante de una cuestión muy polémica y cuestionable.

---

<sup>167</sup> Las denominadas Unidades de Inteligencia Financiera (UIF). En España el SEPBLAC (Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias) desempeña esta tarea. Sobre esta unidad administrativa: <http://www.sepblac.es>. Calle Alcalá, 48 - 28014 Madrid.

<sup>168</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Política Criminal Europea en Materia de Blanqueo de Capitales*, en Financiación del Terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico. Artículo elaborado en el marco del Seminario JC 2232DS, Proyecto I+D SEJ2005- 04209, dirigido por J.L. González CUSSAC, Monografías Titant – 666, Valencia, 2009, pág. 175.

<sup>169</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: *Lei de lavagem de capitais...*, op.cit. pág. 177.

Otro aspecto importante es que la protección de datos, registros, documentos y datos estadísticos constituye la base de un volumen de información considerado imprescindible y de gran valor para los órganos de control y fiscalización razón por la cual el CAPÍTULO V de la nueva Directiva establece en sus artículos 40 a 44 la obligación de su mantenimiento y conservación. Estándares internacionales y la *praxis* administrativa han consolidado estas medidas como el mínimo exigible para garantizar información acerca de las operaciones financieras dirigida a identificar movimientos sospechosos o atípicos y preservar pruebas que pueden ser de interés en eventuales procesos penales respecto de delitos de blanqueo o de financiación de capitales.

Dentro del CAPÍTULO VI se encuentran las políticas públicas, los procedimientos de control y los mecanismos de supervisión de las entidades involucradas en la materia. Las reglas previstas en este capítulo son de enorme importancia y le convierten en el centro de gravedad de la Directiva, pues además de servir de orientación a los Estados y sus unidades administrativas de fiscalización, se regulan procedimientos internos de formación y comunicación de operaciones sospechosas (Sección 1 – artículos 46 y 46). Según la normativa, son de carácter obligatorio las tareas de supervisión (Sección 2 – artículos 47 y 48) de establecimientos de cambio, entidades de cobro de cheques y proveedores de servicios de fideicomisos.

Dado el carácter fuertemente preventivo de la Directiva, la *cooperación* en el campo de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo es un tema tratado de forma especial<sup>170</sup> y esto representa un aspecto muy positivo. El esquema propuesto divide la cooperación en dos ámbitos: el interno (nacional) y el externo (comunitario, entre Estados y organismos). Tal cooperación tiene tres dimensiones operativas: a) una vertiente básica y ordinaria, de característica nacional, prevista en el artículo 49; b) un lado internacional, basado en la cooperación con las autoridades europeas de supervisión o “AES” (así denominadas en el artículo 50); c) y la cooperación entre las propias Unidades de Inteligencia Financiera entre sí y a la vez frente a la Comisión Europea (artículos 51 a 57 del instrumento comunitario).

Toda esta estructura está pensada precisamente para hacer viable el trabajo de fiscalización y seguimiento de operaciones sospechosas o atípicas de blanqueo de

---

<sup>170</sup>Sobre la importancia de la cooperación en el contexto europeo, véase VOGEL, J.: Cooperación penal: cinco tendencias. Cinco respuestas para una acción futura, en AAVV El Derecho Penal de la Unión Europea, situación actual y perspectivas de futuro (ed. Arroyo Zapatero) Cuenca, 2007, pág. 157.

capitales y también sirve de base para que se pueda exigir a los Estados miembros la aplicación de sanciones contra los infractores de las respectivas normas antiblanqueo y antifinanciación del terrorismo.

Exactamente en este punto la nueva Directiva entra en un terreno muy polémico, pues prácticamente exige a los países comunitarios el tratamiento sancionador de comportamientos ilegales y además ofrece criterios de cómo hacerlo. El tema es tratado en la “Sección 4” de la normativa, y constituye una parte sensible del texto pues se ocupa de las “sanciones” aplicables a los posibles infractores de las reglas de protección del sistema financiero. Dichas sanciones no son directamente impuestas por la Directiva, porque le falta competencia para ello, pero son un claro mandato comunitario a los países-parte en el sentido de que deben adoptarlas en su Derecho interno. Precisamente en este punto incide una cuestión muy tormentosa y movediza, pues la normativa indica normas de claro carácter punitivo sin llegar a establecerlas como regla de efectos directos en el ordenamiento de los Estados miembros, utilizando el eufemismo de mero “compromiso” o “recomendación” pero con talante imperativo, resultando difícil discernir si estamos delante de una carta de principios o de un verdadero código de sanciones.

Es necesario destacar que según la normativa dichas sanciones varían en grado, partiendo de meras respuestas administrativas, pasando por multas, interdicciones, y publicidad forzada hasta llegar a diseñar criterios de contenido para las normas penales que sean concebidas en el ámbito interno de cada país miembro. En otras palabras la Directiva concibe todo un sistema punitivo que debe ser seguido por los Estados miembros sin llegar a hacerlo directamente. Como bien lo define FERRÉ OLIVÉ al comentar la anterior Directiva de 2005 “esta es la fórmula eufemística con la que Europa *exige sin exigir* –ya que no es competente- a los Estados miembros que establezcan sanciones penales.”<sup>171</sup>

Este simbólico esquema político-criminal se puede identificar también con la lectura de la Sección 4 (artículos 58, 59, 60, 61 y 62) del Capítulo VI, donde son categóricamente definidos “principios”, “presupuestos de punibilidad”, “facultades” o poderes de investigación e imposición sancionadora, además de la adopción de criterios

---

<sup>171</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, *Política Criminal Europea...*, op. cit., pág. 177.

de responsabilidad corporativa, cláusulas de delación y confidencialidad de denuncias, y registros de antecedentes penales para fines de un tipo de reincidencia.

Tanto es así que el “artículo 58.1.” de la nueva normativa consagra una especie de “principio de responsabilidad” a efectos de incidencia de las normas antiblanqueo y antifinanciación, exigiendo que sean barajados criterios de “efectividad”, “proporcionalidad” y “prevención” acerca de las penas aplicables a los comportamientos desviantes. En este campo, no faltan limitaciones al poder de los Estados miembros, ya que la obligatoriedad de transposición típica de los preceptos sancionadores de la nueva normativa está consagrada como un principio en el artículo 58.2.

A la vez – y como no podría ser de otra forma - la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas adquiere énfasis en la normativa, conforme a lo dispuesto en su “artículo 58.3”. Tal responsabilidad colectiva no excluye la responsabilidad individual, una vez que el texto consagra el principio de subsidiariedad acumulativa de responsabilidad personal cuando los hechos practicados involucren a personas jurídicas y a estas proporcionen beneficios.

Tal responsabilidad se reafirma en el artículo 60 (apartado 5) que es *imperativo* al afirmar que “los Estados garantizarán que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables” directamente o en los casos en que las operaciones ilícitas resulten en su beneficio o el acto que las determine sea practicado por uno de sus dirigentes (sea en la calidad de representante, por ejercicio de su autoridad dentro de la corporación o en la condición de controlador del organismo).

Es interesante puntualizar que la nueva Directiva establece que en el caso de las corporaciones la “falta de vigilancia” es fundamento de la responsabilidad y permite la imposición de sanciones, lo que guarda relación con las responsabilidades por infracción de deberes de vigilancia y las infracciones individuales por imprudencia grave que son también situaciones penalmente típicas en España (prevista en los delitos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo).

Para el ejercicio del poder punitivo, sea administrativo o de corte penal, la nueva Directiva presupone la existencia de “facultades de investigación” necesarias conforme establece el “artículo 58.4”. A estas potestades de investigación se suman “facultades

sancionatorias” o “de imposición” que pueden ser ejercidas frente a sanciones de índole administrativa o penal en cuatro ámbitos: a) facultades consideradas directas (aquellas ejercidas por el propio órgano de control); b) potestades concurrentes (que reposan simultáneamente en manos de diferentes instancias); c) poderes delegados (derivados del Estado y delegados en organismos cuya definición todavía no está clara); d) facultades sancionatorias ejercidas a petición (que se suponen excepcionales y puntuales).

En definitiva, el esbozo *punitivo* diseñado por la Unión Europea en la nueva normativa pretende asumir características de “norma regente” una vez que habla del tema con amplitud y profundidad, moviéndose en el campo de principios rectores que deben inspirar la actividad legislativa y administrativa de los Estados miembros en el futuro, los cuales disponen de cerca de dos años para transponer y adaptar sus legislaciones internas y su organigrama administrativo al espíritu de la Directiva (conforme expresamente previsto el artículo 67.1. de la normativa).

Se puede percibir que de manera general el esquema sancionador definido por la Directiva está dispuesto en cuatro pilares: a) los supuestos de incidencia de la norma comunitaria; b) la definición de penas y sus categorías; c) la adopción del principio de publicidad, control y seguimiento público de la aplicación y cumplimiento de sanciones; d) el establecimiento de “criterios de penalización” para la aplicación de la respuesta punitiva.

De conformidad con lo dispuesto en el “artículo 59, apartado 1”, las sanciones tan solo pueden incidir mediante presupuestos claros de “incumplimiento” de determinados deberes relacionados con: a) no cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida; b) incumplimiento de los deberes de notificación; c) defectos en la conservación de documentos; d) y la no adopción de controles internos para evitar la práctica de operaciones ilícitas. Estas conductas han de ser relevantes por su gravedad, reiteradas o sistemáticas, individualmente consideradas o practicadas de forma alternativa.

Por otro lado, la nueva normativa establece en el artículo 59.2 un abanico de “penas” que deben constar en las legislaciones internas de los países miembros. El listado de sanciones contempla lo siguiente: a) la declaración pública de incumplimiento (publicidad de la disconformidad de la conducta con las normas antiblanqueo y

antifinanciación); b) la advertencia; c) la cancelación o suspensión del autorización de ejercicio profesional en determinada área afectada por la conducta; d) interdicción temporal de ejercicio profesional a nivel directivo; e) la aplicación de multas. En esta última hipótesis – sanciones de carácter económico – cuando se trate de una “entidad financiera” (en ello incluidas las personas físicas obligadas) las multas serán sensiblemente más altas.

En cuanto al *principio de publicidad*, la propia Directiva cuida de mitigar su incidencia al establecer en el artículo 60 situaciones específicas de exención, suspensión o prórroga de la publicación de la imposición de medidas como forma de evitar efectos dañinos que la eventual imposición de sanciones puedan tener sobre el normal funcionamiento del circuito económico.

En lo que se refiere a los criterios de aplicación de las penas la nueva Directiva establece en su artículo 60.4.” circunstancias que deben orientar las jurisdicciones administrativas o penales en el momento de la aplicación de sanciones frente a casos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo. Entre los principios rectores de la pena concebidos por la Unión Europea se encuentran: a) la gravedad de los hechos; b) el grado de responsabilidad del agente obligado; c) la solidez financiera de la institución involucrada en el caso; d) la importancia de los beneficios obtenidos con la comisión de la infracción; e) el montante de las pérdidas para terceros o la expresión de los daños causados; f) el nivel de cooperación post delictiva con las autoridades para la aplicación de la ley; g) y los antecedentes del ente o persona investigada.

El texto hace hincapié en dar un tratamiento severo a los “deberes positivos de información” hasta el punto de establecer un sistema de *delación* en casos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. El artículo 61 determina, de forma muy clara, que es deber primario y programático de los de los Estados miembros “alentar a que se informe” (apartado 1.) cualquier tipo de operación sospechosa o atípica.

En este campo, la normativa establece, además, dos tipos de deberes según el destinatario:

a) deberes dirigidos a los *Estados* en el sentido de “asegurar que las autoridades competentes” establezcan mecanismos para estimular que se dé conocimiento a las autoridades públicas acerca de situaciones ilegales en la materia de que se ocupa la



normativa (artículo 61 apartado 1) y que se puedan recibir sin dificultades tales informaciones (apartado 2.a.). Estos informes deben revestirse de *confidencialidad* acerca de la persona que delata (letra “e.” del apartado 2) junto a la protección de los empleados *delatores* (letra “b.” del apartado 2) y de la propia *persona delatada* (letra “c.” del apartado 2). De cualquier manera la *protección de datos* de ambos (delator y responsable) queda claramente establecido como un deber del Estado (letra “d.” del apartado 2).

b) deberes exigibles por los Estados miembros a las *entidades obligadas* en cuanto a la creación de *procedimientos* para el suministro de informaciones y *canales de delación* que sean a la vez independientes, anónimos y estructuralmente proporcionados al tamaño de la entidad (artículo 61, apartado 3).

Todo este aparato normativo está claramente pensado para viabilizar la aplicación de sanciones en caso de incumplimiento de las normas y principios de la Directiva. Se pueden encontrar en el artículo 62 mecanismos de *seguimiento* y acompañamiento de las medidas infligidas de manera que se sepa cuáles y cuantas respuestas fueron dadas a los problemas planteados. Se trata de obligaciones por parte de los Estados miembros de prestar informaciones a las Autoridades Europeas de Supervisión (AES) acerca de todas las sanciones y medidas administrativas impuestas de conformidad con los referidos artículos 58 y 59 a las entidades de crédito y financieras, incluido cualquier recurso que se haya podido interponer contra las mismas y su resultado (artículo 62, apartado 1.). Se percibe que según el punto de vista del legislador europeo, esta comunicación posibilitará a las autoridades de supervisión la elaboración de una especie de “listado online” a disposición de los organismos internos de control residentes en los países miembros que pasarán a contar con un enlace en tiempo real acerca de estos datos, con especial conocimiento sobre quienes han sido sancionados y como fue el respectivo cumplimiento de las medidas adoptadas (artículo 62, apartado 3.).

Semejante sistema de registro se encuentra en un banco de datos de antecedentes cuya verificación es de obligado acceso por parte de las autoridades siempre que se pretenda aplicar algunas de las medidas sancionatorias previstas en los ordenamientos jurídicos internos, de acuerdo con la normativa general dictada por la Directiva (artículo 62, apartado 2.).

Por fin, en las Disposiciones Finales del CAPÍTULO VII queda clara la preocupación por la efectiva aplicación del conjunto de normas, lo que se aprecia en la redacción del artículo 65, que determina que la Comisión elaborará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo Europeo sobre la aplicación de la Directiva dentro de un plazo de cuatro años<sup>172</sup>, el doble del previsto para que los Estados miembros internalicen las respectivas normas a su derecho interno.

Esta creciente integración de normas, además de buscar efectos concretos respecto al conjunto de normas antiblanqueo, pretende establecer un cronograma único de armonización legislativa. Dicho proceso *comienza de inmediato*, pues la Directiva ha entrado en vigor 20 días después de su publicación<sup>173</sup> (conforme establece el artículo 68) resultando en vigencia desde el día 25 de junio de 2015.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de la Directiva los Estados miembros “pondrán en vigor” las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la nueva normativa a más tardar antes del 26 de junio de 2017. La gradual adopción de dichas medidas de conformación legislativa será paulatinamente comunicada a la Comisión Europea tan pronto se produzca y hará referencia a que su edición se da en atención a lo que dispone la nueva norma europea (en los términos del apartado 1 del artículo 67).

En el conjunto de reglas establecidas por la nueva normativa son destacables determinadas ampliaciones conceptuales (por ejemplo el concepto de agente inmobiliario podría hacerse extensivo, cuando haya lugar, a las agencias de alquiler) y el énfasis en las obligaciones de identificación de titulares reales de las transacciones, principalmente si las operaciones financieras se hacen por medio de personas jurídicas, independientemente de su clase (los Estados miembros deben asegurar que se abarque la gama más amplia posible de personas jurídicas constituidas o creadas por cualquier otro mecanismo en su territorio). Sobre las corporaciones recae una especial preocupación, sobre su titularidad real y constitución (aunque sea minoritaria) siempre para dejar clara y cierta la persona o personas que ejercen su control efectivo y quienes son los responsables finales de sus negocios.

---

<sup>172</sup> El plazo establecido tiene con fecha límite para el día 26 de junio de 2019.

<sup>173</sup> Su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea ocurrió el día 05 de junio de 2015 – DOUE – L: 141/ES).

Por otro lado, la nueva normativa refuerza los controles y compromisos por parte de profesionales del Derecho, abogados, notarios, asesores fiscales, y todos aquellos que, por su condición, deban estar sujetos a fiscalización por parte la administración pública<sup>174</sup>. Estos profesionales están bajo las reglas de la normativa cuando participen en operaciones financieras o empresariales, incluido el asesoramiento fiscal, situación en las que existe mayor riesgo de que los servicios que desempeñan sean indebidamente utilizados con el fin de blanquear el producto de actividades delictivas o financiar el terrorismo. De esta forma, se puede afirmar que hoy existe en el ámbito Europeo un “régimen” con un *amplísimo espectro de normas* que afectan a muchos sujetos obligados, incluyendo en este concepto tanto a las entidades bancarias, de crédito y financieras, como a las personas jurídicas o físicas que actúen en el seno de la economía<sup>175</sup>. En síntesis, todos los que actúan en el ámbito económico-financiero deben estar particularmente sujetos a estas normas cuando participan en operaciones financieras o empresariales.

Este abanico de situaciones contempla las actividades de asesoramiento (aunque respetadas las especificidades de la regulación profesional de cada país miembro de la Unión Europea) campo todavía fronterizo, cuyos límites no están muy claros, y que proporciona un sinnúmero de dudas con respecto de lo que significa el real

---

<sup>174</sup> Con respecto a la cuestión del ejercicio de la abogacía en el contexto de la normativa antiblanqueo: SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales*, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (coords.), II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 131 y ss. También: AZORÍN MOLINA, J.A.: *Derecho de defensa y secreto profesional del Abogado. Especial referencia al conflicto en el ámbito del blanqueo de capitales*, en Revista Jurídica. Murcia, nº39, págs. 36 y ss. Sobre los aspectos administrativos: SÁNCHEZ STEWART, N.: *Abogados y blanqueo de capitales*, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (coords.), II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs.11 y ss.

<sup>175</sup> El texto afecta a los auditores, contables externos y asesores fiscales, a los notarios y otros profesionales del Derecho independientes cuando participen, en nombre o por cuenta de su cliente, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria o asistan en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, a la gestión de fondos, valores u otros activos del cliente, a la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o de valores, a la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas y a la creación, funcionamiento o gestión de fideicomisos, sociedades, fundaciones o estructuras análogas. También son contemplados los agentes inmobiliarios y quienes comercien con bienes cuando los pagos se efectúen o se reciban en efectivo y por importe igual o superior a 10.000 euros (con independencia de que se realice en una o varias transacciones, entre las que parezca existir algún tipo de relación). Por fin, los casinos y proveedores de servicios de juegos de azar también quedan sujetos a la normativa.

*asesoramiento en sentido estricto* y una *acción* ilícita dirigida al objetivo de blanquear el producto de actividades delictivas o financiar el terrorismo<sup>176</sup>.

La transparencia y la certeza sobre los aspectos esenciales de las transacciones se convierten en el objetivo central de los órganos de control para evitar que el sistema financiero de la Unión sea utilizado para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

Este escenario indica que las instituciones financieras deben ajustar su estructura a la nueva regulación a través del análisis de datos de forma que se vigilen riesgos con mayor agilidad y se establezcan patrones antiblanqueo y antifraude de manera casi automática.

Es importante recordar también que la intensificación de los mecanismos de filtración de datos no siempre funciona satisfactoriamente, siendo frecuente la aparición de falsos positivos, como consecuencia de la gran cantidad de recursos destinados a la investigación de alertas en lugar de perseguir las actividades realmente sospechosas. Estas alarmas ocasionan un conocimiento deformado de la realidad y respaldan la sospecha de que el sistema de control idealizado por la Unión Europea se asemeja a una enorme red de pesca lanzada en un océano de transacciones financieras con la esperanza de que entre sus agujeros queden atrapadas operaciones ilícitas. Esta es una estrategia que no soluciona el problema pero, hoy por hoy, es considerada la única alternativa posible. Quizás el inmenso número de falsas alarmas explique el ínfimo porcentaje de condenas definitivas por blanqueo de capitales (y mucho menos por financiación del terrorismo) conforme demuestra la experiencia práctica de los tribunales. En definitiva, lo que se percibe en la actualidad es que los casos llevados a juicio corresponden en gran número a falsos positivos a efectos penales.

---

<sup>176</sup>Sobre la responsabilidad penal de los abogados en el ámbito del blanqueo: COCA VILA, I.: El abogado frente al blanqueo de capitales, en *InDret*, nº 4/2013. En este artículo el autor analiza la Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012 (Caso *Michaud vs. Francia*) en la que se declara que la regulación francesa que obliga a los abogados a informar de las sospechas sobre las posibles actividades ilícitas de sus clientes en relación con el blanqueo de capitales no supone una intromisión desproporcionada –y por ende, ilegítima– en el derecho a la privacidad consagrado en el art. 8 CEDH. El autor afirma que tomando en consideración la doctrina del TEDH en tal caso, es posible una interpretación del Ordenamiento jurídico español que logre sortear la aparente situación de permanente colisión de deberes en la que se habría instalado al letrado, obligado por un lado a guardar el secreto profesional, pero por otro, apremiado a comunicar las operaciones sospechosas de blanqueo de capitales que pudiera conocer en el ejercicio de su profesión.

La inversión masiva en tecnología punta para la detección de situaciones de riesgo es un camino sin retorno, casi obligatorio, y tendrá un reflejo importante en las estadísticas del sistema judicial en cuanto al número de sumarios iniciados por eventos delictivos relacionados con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, previendo que en el futuro se pueda augurar un mayor número de condenas penales precisamente porque las bases probatorias iniciales han sido más sólidamente construidas por sistemas encargados de fiscalizar el entramado financiero.

En este sentido se consolida la llamada al perfeccionamiento de la prohibición y de *tipificación* de ambos delitos. Al mismo tiempo, se consolidan instrumentos que garantizan el acceso oportuno a la información relativa a la titularidad real de forma que se evite todo riesgo de que tenga conocimiento de ello la sociedad afectada<sup>177</sup>.

Es llamativo que la Directiva ponga tanto empeño en afirmar el respeto de los derechos establecidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, especialmente en lo que se refiere al ejercicio profesional de auditores, contables externos y asesores fiscales. Si bien se consideran exentos de la obligación de notificación (en lo que respecta a la información obtenida antes, conforme se esté en el curso del proceso judicial, o en el momento de la determinación de la situación jurídica del cliente) la normativa es muy escrupulosa en la evaluación de los riesgos. Esta es una situación que implica cierta ambigüedad pues, si por un lado se considera que el asesoramiento jurídico debe seguir sujeto a la obligación de secreto profesional, al mismo tiempo (en el caso de que el profesional del Derecho esté implicado en blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, o sea posible saber que el cliente solicita asesoramiento jurídico con tal finalidad) el tratamiento jurídico es muy severo y puede conducir a responsabilidades administrativas o incluso penales. En definitiva, y en la práctica, quedará en manos de cada uno frente al caso concreto saber dónde reside el límite de lo permitido y de lo prohibido. Se trata de una difícil situación, más todavía considerando que existen Estados donde está prevista la figura del blanqueo de capitales imprudente - como es la situación del ordenamiento jurídico español - además de las formas clásicas de comisión mediante dolo eventual.

Aunque la nueva Directiva afirme que su objetivo central es impedir la utilización del sistema financiero para la práctica de operaciones de blanqueo de

---

<sup>177</sup>En este campo se destacan las reglas del artículo 39.

capitales y de financiación del terrorismo, cabe destacar que los delitos fiscales relacionados con los impuestos directos e indirectos parecen estar incluidos en la definición de actividad delictiva en sentido amplio. En este sentido esta es una estrategia de protección de la fiscalidad tributaria de acuerdo con lo que cada Estado Parte pueda decidir en término de tipicidad tributaria y penal. No se puede olvidar el contexto en el que se adopta la nueva Directiva, en medio a un creciente proceso de armonización fiscal y tributaria donde se están tirando por tierra importantes barreras de acceso a informaciones y datos. Recientemente, en 28 de octubre de 2014, en el marco de la séptima reunión del *Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales* (el denominado Foro Global compuesto por 123 países) más de 300 delegados de 101 jurisdicciones y 14 organizaciones internacionales y agrupaciones regionales se han reunido en Berlín para decidir elevar la transparencia fiscal a un nivel superior por medio de un compromiso de intercambio automático de información. Este nuevo estándar, denominado Intercambio Automático de Información Financiera en Materia Fiscal fue presentado en la reunión del G-20 y establece el cambio de toda la información financiera anual de manera automática entre los países miembros. Está caracterizado por la transparencia y aunque no pretenda expresamente la armonización de las definiciones de delito fiscal en la legislación nacional de los Estados miembros busca autorizar, en la medida de lo posible, y de acuerdo con las legislaciones internas, la prestación de asistencia entre las unidades de inteligencia financiera de la Unión Europea. La nueva Directiva cumple así una función de vuelta de tuerca a la incidencia del poder tributario de los Estados en tiempos de crisis financiera.

Otra materia clave del instrumento es la necesidad de información precisa y actualizada sobre el titular real de las operaciones financieras que se realicen en el ámbito de la Unión Europea. Se procura la exacta identificación del verdadero operador o destinatario de los negocios realizados destinados a impedir que los delincuentes puedan ocultar su identidad tras estructuras empresariales o personas interpuestas.

Para tanto, a los Estados miembros se les exige velar por que las entidades constituidas en su territorio obtengan y conserven, además de la información básica como el nombre, la dirección de la sociedad y la prueba de su constitución y naturaleza jurídica, información adecuada, exacta y actualizada sobre su titularidad real. En la medida de lo posible esta información debe constar en un registro central externo situado fuera de la sociedad correspondiente y accesible a las autoridades públicas.

Una vez descritas las características centrales de la nueva normativa ha llegado el momento de hablar de sus importantes consecuencias penales. En el campo del Derecho Penal la nueva Directiva reedita una antigua discusión sobre la capacidad y la amplitud del poder de legislar por parte de Europa en asuntos de Derecho Penal o que tengan consecuencias en esta materia. La Unión Europea, surgida del Tratado de Maastricht de 1992, desde el principio se ha enfrentado al problema acerca de su competencia legislativa en materia penal<sup>178</sup>, aunque muchas veces de forma indirecta<sup>179</sup>, pero es cierto que con el avance y consolidación de la Unión el asunto ha ganado creciente importancia<sup>180</sup>. Primeramente, la necesidad de ordenar aspectos generales relacionados con la protección de los intereses financieros de la Unión y en materia medioambiental<sup>181</sup> han determinado que a lo largo de los años se hayan creado normas bajo la forma de Directivas que obligan a los Estados miembros a sancionar penalmente diversos comportamientos. Este vivo debate ha puesto en evidencia la cuestión sobre si la Unión Europea carece de competencias penales en sentido estricto no habiendo sido transferida a la Unión la clásica potestad legislativa penal de los Estados miembros. Durante mucho tiempo las consecuencias de esta situación, y las dificultades de encontrar una solución para muchos de los problemas derivados del desarrollo comunitario y de la desaparición de las fronteras por imperativo del libre mercado y la globalización, han determinado la atribución de crecientes facultades a los órganos centrales europeos para hacer viable la disciplina conjunta de intereses, fundamentalmente los de orden económico y medioambiental. De hecho, el propio Tratado de la Unión Europea contiene disposiciones en las que se pretende prevenir y minimizar los problemas causados por esta situación. Paulatinamente y a fuerza de una considerable cantidad de normas editadas por la Unión, acerca de diferentes aspectos de intereses comunes a los países miembros, el centro de gravedad de la cuestión se ha

---

<sup>178</sup> Cfr. VERVAELE, J.: Unión Europea y el cumplimiento de la política comunitaria mediante el derecho penal. Traducción de la versión inglesa por Núria Torres Rosell. Título original "De Europese Gemeenschap en harmonisatie van der strafrechtelijke handhaving van hets gemeenschapsbeleid." en *Delikte en Delinkwent*, 2006.

<sup>179</sup> Como ha señalado FERRÉ OLIVÉ: "la inexistencia de un ámbito propiamente penal explica el escaso interés demostrado hacia un eventual Derecho Penal comunitario por parte de la doctrina, fundamentalmente en los primeros años de vida de la Comunidad. Pero esta situación no cerraba entonces ni cierra en la actualidad las puertas al Derecho penal de cara a las Comunidades Europeas." (Derecho Penal y competencia de las Comunidades Europeas, en AAVV Estudios de Derecho Penal Económico, (Coord. Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann) Cuenca, 1994, pág. 268)

<sup>180</sup> Sobre el tema CUERDA RIEZU, A.: ¿Ostentan iuspuniendi las Comunidades Europeas?, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, págs. 621 y ss.

<sup>181</sup> La protección del medio ambiente, al lado de la economía, constituye uno de los objetivos esenciales de la Unión según el Tratado de la Unión Europea.

trasladado hacia la duda acerca de saber cuál sería grado de potestad que dispone la Unión para *obligar a los Estados miembros*, mediante una Directiva o Reglamento, *a la promulgación de normas penas nacionales*.

Sobre este tema recuerda BLANCO CORDERO<sup>182</sup> que “algunos autores opinan que el hecho de que la Comunidad Europea no posea competencia para la creación de sanciones penales no implica, sin embargo, que no pueda impartir órdenes para que determinados comportamientos se castiguen mediante sanciones penales”<sup>183</sup>.

En este contexto, la solución ha sido que en materias que afectan a los intereses propios de la Unión Europea y contra comportamientos considerados indeseables y peligrosos, (de acuerdo con el espíritu que ha determinado su creación) se pueda exigir de los Estados miembros la imposición de sanciones en su Derecho interno sin precisar de manera muy clara la naturaleza de tales sanciones, de forma que, especialmente en el campo de los delitos económicos, la Unión Europea ha empezado a indicar a los Estados miembros el camino hacia el Derecho Penal.

La Directiva 91/308/CEE de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, sirve de ejemplo de esta tendencia y ampliación de atribuciones. Tal normativa ha inaugurado una nueva línea de acción legislativa y puede ser considerada, como señala FERRÉ OLIVÉ<sup>184</sup>, la primera norma jurídica europea dictada con el objetivo de impedir la utilización de entidades de crédito e instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas. Allí se considera que el blanqueo de capitales debe combatirse principalmente con medidas de carácter penal. La fórmula encontrada entonces consistió en establecer tales obligaciones de manera indirecta, mediante la inclusión de

---

<sup>182</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: *El derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, REPC 06-05, Artículo publicado en el marco del proyecto de investigación PGIDT-O1PX139701 de la Xunta de Galicia titulado "Aspectos dogmáticos y criminológicos en las nuevas formas de defraudación y corrupción en las sociedades complejas", dirigido por el Prof. Dr. D. Javier de Vicente Remesal.

<sup>183</sup> Sobre el tema así referido véase DANNECKER, G.: *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario europeo*, traducción de Carmen Bascón Granados, Madrid, 2001, pg. 58 y GRASSO, G.: *Comunidades europeas y Derecho penal. Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los Estados miembros*, traducción de Nicolás García Rivas. Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Bruselas-Luxemburgo, 1993, pgs. 218 ss.

<sup>184</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, *Política criminal...*, op.cit., pág. 165.



un anexo al texto para indicar a los Estados miembros la obligación de legislar sobre el tema en campo penal<sup>185</sup>.

Lo que se entreveía ya a finales del pasado siglo era la posibilidad de que las instituciones comunitarias pudiesen crear su propio sistema de sanciones penales, o bien desarrollar mecanismos indirectos que les permitiesen incidir sobre la tipificación en cada uno de los estados miembros. Resulta que esta forma indirecta sería muy utilizada en los años sucesivos, de forma que “el mensaje que se envía sugiere *velada pero enérgicamente* el recurso al Derecho Penal para dar solución al conflicto” como define FERRÉ OLIVÉ: “esta es la fórmula eufemística con la que Europa *exige sin exigir* –ya que no es competente- a los Estados miembros que establezcan sanciones penales”<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> La Directiva de 1991 establecía en sus prólogo que: “Considerando que el blanqueo de capitales debe combatirse principalmente con medidas de carácter penal y en el marco de la cooperación internacional entre autoridades judiciales y policiales, tal como propugna, en lo que se refiere a las drogas, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, aprobada en Viena el 19 de diciembre de 1988”. En la versión final de la Directiva el artículo 2 establece: “Los Estados miembros velarán para que el blanqueo de capitales, tal y como se define en la presente Directiva, quede prohibido.” Esta forma de redacción que determina de manera indirecta la criminalización del blanqueo de capitales ha sido abordada por BLANCO CORDERO de la siguiente forma: “La propuesta de directiva de 1991 disponía en el artículo 2 que el blanqueo de capitales debería ser calificado como delito por las legislaciones nacionales. Sin embargo, esta obligación de tipificar penalmente el blanqueo de capitales en la propuesta de directiva fue cuestionada por el Comité Económico y Social, al entender en su dictamen que no constituía base jurídica suficiente el artículo 57 del Tratado que se invocaba, y además que ‘la extensión de los poderes de la Comunidad al derecho penal suscita objeciones jurídicas que deben aclararse’. Las delegaciones de los distintos países discutieron durante la tramitación de la directiva la posibilidad de obligar a los Estados a tipificar penalmente el blanqueo. Finalmente, dada la oposición de algunos Estados miembros a reconocer la capacidad de los órganos comunitarios para legislar en materia penal, se optó por una fórmula intermedia. Por un lado, aunque el texto aprobado mantiene en el preámbulo la necesidad de establecer medidas de carácter penal en la lucha contra el blanqueo de capitales (en los considerandos se señala que “el blanqueo de capitales debe combatirse principalmente con medidas de carácter penal”), su artículo 2 dispone únicamente que los Estados miembros velarán para que el blanqueo de capitales, tal y como se define en la directiva, quede “prohibido”. Por otro, los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros suscribieron una Declaración, unida a la directiva, por la que se comprometían a tomar, antes del 31 de diciembre de 1992 a más tardar, todas las medidas necesarias para poner en vigor una legislación penal que les permitiera cumplir sus obligaciones derivadas de la Convención de Viena y del Convenio de Consejo de Europa, entre las cuales se encuentra la exigencia de sancionar penalmente el blanqueo de capitales. Por tanto, los Estados miembros se obligan a tipificar penalmente el blanqueo de capitales, pero no mediante la directiva, sino mediante una Declaración al margen de aquella.” (BLANCO CORDERO, I.: *El derecho penal...*, op.cit., pág. 3). Sobre este tema FERRÉ OLIVÉ ha destacado: “Especial interés para esta cuestión posee la reciente Directiva sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, que demuestra las vacilaciones que existen al tratar de delimitar las competencias penales de la Comunidad. Sin otras referencias penales en el texto de la Directiva, se suscribe una declaración anexo a los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, en la que comprometen a tomar, antes del 31 de diciembre de 1992, ‘todas las medidas necesarias para poner en vigor una legislación penal que les permita cumplir sus obligaciones derivadas de los mencionados instrumentos. Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.: *Derecho Penal y competencia de las Comunidades...*, op.cit., pág. 268.

<sup>186</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, *Política criminal...*, op.cit., pág. 174.

De todas formas, el avance inesperado de ciertas formas de criminalidad en suelo europeo (principalmente la criminalidad organizada y el terrorismo) han acentuado esta tendencia, determinando que el legislador comunitario pasase a intervenir cada vez más en el discurso punitivo penal como forma de poner freno a problemas no solucionados por otras órbitas jurídicas.

Es cierto que en la actualidad la cuestión del terrorismo atraviesa de forma muy profunda la realidad de Europa, principalmente por el avance de grupos de tipo fundamentalista, lo que ha determinado que la Unión pasase a tratar en un mismo contexto legislativo, igual que ha pasado con el problema de la corrupción, también el delito de financiación del terrorismo.

Esta tendencia de mezclar las cosas no es una novedad en la legislación supranacional. Cuando a finales de los años 60 el problema del *narcotráfico* había alcanzado notoriedad y los países se habían dado cuenta de sus nefastos efectos sobre muchos aspectos importantes (la salud pública, la seguridad, incluso la economía de las naciones) la comunidad de Estados se movilizó para alcanzar una respuesta uniforme y armónica ante el problema, resultando de ello textos como la famosa Convención de Viena y sus revisiones posteriores.

Ocurre que en años posteriores la cuestión de la *criminalidad organizada* también se ha agravado, pasando a influir de manera acentuada en el sentimiento de inseguridad general, cobrando creciente protagonismo generador de demandas sociales con respuestas político-criminales cada vez más duras.

Paralelamente, en esta fase, se han dado importantes y sensibles cambios, principalmente en relación a los métodos utilizados por las mafias y organizaciones criminales, que pasaron a disfrutar de una mayor capacidad de integración y comunicación, determinando un nuevo diseño de lo que antes se conocía como “crimen organizado”. Esta fase coincide en gran parte con el nacimiento de los cárteles de la droga, el avance y estrechamiento de relaciones entre criminales y organizaciones procedentes del este y de oriente con organizaciones occidentales y americanas. El resultado verificado es que el delito practicado por organizaciones criminales ha pasado a ser una preocupación adicional, y las demandas para su combate se han multiplicado. Al mismo tiempo, el mundo ha experimentado en la segunda mitad del siglo pasado un extraordinario *avance de las tecnologías* de comunicación y transmisión de datos, lo

que ha coincidido con el desarrollo de la informática y los descubrimientos en diferentes frentes, entre ellos la implantación de la red mundial de ordenadores.

No se tardaría mucho para que las organizaciones delictivas utilizasen el mismo circuito económico para poner en circulación sus ganancias ilícitas, y en este momento surge la preocupación por el *blanqueo de capitales* como un problema mundial cuya respuesta por parte de los Estados debería estar a la altura.

La tipificación del delito de blanqueo nace del problema de la droga, y encontramos en esto el primer punto de inflexión en la política-criminal global, que ha pasado a tratar de manera vinculada ambas realidades (el narcotráfico y el delito de blanqueo<sup>187</sup>). Sin ahondar en las diferentes interpretaciones acerca de la naturaleza del delito de blanqueo, lo cierto es que esta figura delictiva es distinta del delito de narcotráfico, habiendo cierto consenso acerca de que uno afecta la salud pública y otro la economía. Sin embargo, lo que queda claro es que ambos fenómenos han pasado a caminar juntos, recibiendo de parte del legislador *el mismo nivel de tratamiento político-criminal*<sup>188</sup>.

Ocurre que la criminalidad no se ha detenido y, ya en año 2000, se suscribe la Convención de Palermo sobre Delincuencia Organizada Transnacional<sup>189</sup>, adonde el blanqueo de capitales ha ocupado un espacio importante, de conformidad con la tendencia que se imponía con fuerza en Europa<sup>190</sup>. A continuación, en el mismo sentido de unanimidad de respuestas, se suma la Convención contra la *Corrupción*<sup>191</sup>.

Paralelamente a este contexto el *terrorismo* también ha sufrido en la segunda mitad del siglo pasado importantes transformaciones, de forma que al avance de nuevos grupos terroristas<sup>192</sup> se ha sumado el mayor grado de comunicación entre los grupos ya

---

<sup>187</sup> Conforme el contenido de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988.

<sup>188</sup> Por ejemplo, los primeros tipos penales y la primera norma general del Consejo de las Comunidades Europeas (la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales) trataban de la relación entre el problema de la droga y sus efectos sobre la economía.

<sup>189</sup> Aprobada por la Resolución 55/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 15 de noviembre de 2000.

<sup>190</sup> Véase: Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, el embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

<sup>191</sup> La “Convención de Mérida” adoptada por la Resolución 58/4 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 31 de octubre de 2003.

<sup>192</sup> Principalmente los de tipo extremista o fundamentalista, oriundos del oriente medio.

existentes<sup>193</sup> resultando en muchos casos el intercambio de métodos y conocimientos delictivos, y en ocasiones el apoyo para la realización de sus objetivos, incluso atentados. También en este ámbito se produce un giro importante de calidad en la delincuencia terrorista, que pasa a utilizar los métodos del crimen organizado y éste, a su vez, también pasa a realizar actos semejantes al terrorismo (como ha pasado en Italia con los atentados practicados por la mafia, y en América ante atentados practicados por grupos de narcotraficantes).

De este desorden - o conveniente comunión de propósitos y métodos - ha resultado una clara tendencia por parte del Estado a acudir al mismo arsenal policial y punitivo para enfrentarse a todos los problemas a la vez, fuesen de la naturaleza que fuesen. Ello se agrava muchísimo con la consumación de los grandes atentados en Estados Unidos (del que el 11-S es el más representativo) y en Europa (donde el 11-M es emblemático) resultando así una huida hacia el Derecho Penal de tipo excepcional y poco garantista que de todos es conocida.

No tardaría mucho y al lado de los dos villanos muy conocidos – el narcotráfico y el blanqueo de capitales – surgiría el tercer caballero apocalíptico: el terrorismo. Es perfectamente comprensible la expansión del Derecho Penal en todos los frentes, pero esta ampliación del espectro punitivo se ha dado dentro de un hilo conductor común: la *Guerra al Terror*. Un nuevo motivo ha sido esgrimido por los Estados que han encontrado en la lucha antiterrorista uno de los motores propulsores también para normas preventivas a nivel mundial. Muchas de las normas europeas promulgadas en el ámbito de la seguridad provienen de esta mentalidad y visión de mundo, lo que explica el estado actual de la normativa comunitaria en materia de macrocriminalidad.

Quizás porque Europa ha vivido desde hace más de tres décadas una creciente experiencia de integración mucho más amplia que otras partes del mundo se puede decir que esta expansión y uniformización de respuestas jurídicas ha sido más identificable y profunda.

---

<sup>193</sup> Por ejemplo, los contactos entre de ETA, IRA, GRAPO, y grupos actuantes en América del Sur. Según es de público conocimiento, las relaciones de la ETA y las FARC datan de 1993, cuando jefes de ambas organizaciones se conocieron en Cuba. La Audiencia Nacional investiga casos de colaboración entre las FARC y ETA y en (caso “Arturo Cubillas Fontán”) y la Fiscalía española investiga la conducta de etarras por dar y recibir cursos sobre manejos de explosivos con miembros de las FARC y del Frente de Liberación Bolivariana (FLB).

Pero no se puede perder de vista que el eje central de la llamada “Unión Europea” es el *económico*, y la inclusión de *otros temas* en su agenda legislativa (como el terrorismo) es sin duda alguna una *desnaturalización* de sus fundamentos y no corresponde a una actuación conforme a sus principios primordiales. Resulta que las normas comunitarias, originalmente pensadas para la integración económica y posteriormente manejadas para la protección del medioambiente, han dado un salto para abarcar, incluso de forma indirecta, también el problema del terrorismo. De manera mimética y automática se han trasladado muchos fundamentos y reglas a la lucha antiterrorista, encarándose la financiación del terrorismo como un delito capaz de afectar al “sistema financiero de la Unión” (así lo dice el artículo 1º de la nueva Directiva) a punto de justificar un tratamiento igualitario de métodos y respuestas a las amenazas representadas por el tradicional delito de blanqueo de capitales.

No se ignora que se han producido sucesivas *reformulaciones* en los estatutos que constituyen la Unión Europea, buscando la armonización de intereses entre los países miembros y redefiniendo el poder legislativo sancionador. La reformulación del Tratado de Funcionamiento de la Unión (Capítulo 3º) trata especialmente de la “aproximación de las legislaciones” y ha ampliado horizontes hacia una mayor integración y uniformización de importantes conceptos que interesan muy especialmente al blanqueo de capitales<sup>194</sup>. Pero el sentido dado a las últimas reformas indica una tendencia de ampliar cada vez más las competencias del legislador europeo<sup>195</sup>. El diseño legislativo del conjunto de países europeos, tanto interno como

---

<sup>194</sup> La versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (publicada a los 26 días del mes de noviembre de 2012 - Diario Oficial de la Unión Europea - C 326/49) establece en sus artículos 114 a 118 criterios de unificación legislativa que importan a temas relativos a la economía, salud, medioambiente y temas generales que son de interés de los Estados miembros, entre los cuales el blanqueo de capitales tiene relieve como lo dice la nueva Directiva 2015/849 de 20 de mayo de 2015 del Parlamento Europeo. En este conjunto de disposiciones se destaca el artículo 116: “Sin perjuicio del artículo 114, el Consejo adoptará, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, *directivas* para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior”.

<sup>195</sup> Véase por ejemplo el texto de la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal la competencia asimiladora de la Unión se puede extender, tendencialmente, a otros delitos, como se nota en el nuevo artículo 83.2 del TFUE. Sobre el tema: Tiedemann, K.: “Derecho penal económico en el Tratado de la Constitución europea”, p. 176 y Silva Sánchez, J-M., “*Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico*”, p. 262.

externo, transita hacia una creciente integración y armonización teniendo en consideración diferentes normas supranacionales.<sup>196</sup>

En el caso de Europa, dichas modificaciones<sup>197</sup> todavía no han encontrado una ecuación común que pueda eliminar tensiones entre el pensamiento del legislador central europeo y la voluntad del legislador de los países miembros. Los últimos intentos, no han logrado completar importantes espacios vacíos<sup>198</sup> ni tampoco han puesto

---

<sup>196</sup> Sobre el tema, SIEBER pronostica que “los modelos básicos de un Derecho penal operativo transnacionalmente se encuentran sobre todo en el Derecho penal europeo, en el Derecho penal internacional, en las Naciones Unidas, en ulteriores agrupaciones políticas y económicas así como en Estados agrupados federalmente. La globalización y la internacionalización de la Política criminal ocasionada por ella han conducido en la última década por este motivo intensamente a que se solapen entre sí varios ordenamientos jurídicopenales nacionales, supranacionales e internacionales, con modelos parcialmente diferentes. Esto es claro cuando el *blanqueo de dinero* y la congelación de fondos en Alemania se determinan mediante regulaciones y recomendaciones del legislador alemán, de la Unión Europea, de las Naciones Unidas y de la OCDE. El análisis del actual estado del derecho tiene que diferenciar por tanto entre los modelos particulares para la coordinación de diferentes ordenamientos jurídicos nacionales y el sistema jurídico global (no raro ente heterogéneo) determinado por varios actores internacionales, que se compone de varios ordenamientos jurídicos y ulteriores sistemas jurídicos parciales que se influyen recíprocamente con instrumentos «duros» o «blandos». Las actividades de diferentes actores nacionales, supranacionales e internacionales en la coordinación internacional del Derecho penal tienen como consecuencia por tanto «sistemas estratificados» y una «fragmentación del derecho», que se vuelven aún más complejos a través de los sistemas de control social y las intervenciones de actores privados. Cfr. SIEBER, U.: “*Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e internacional*”, en Revista Penal, dirigida por Juan Carlos Ferré Olivé, Ed. La Ley, nº 22, Julio de 2008, pág. 130.

<sup>197</sup> Por ejemplo, el art. 83.1 TFUE autoriza la aprobación, por medio de directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, de normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: a) el terrorismo; b) la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños; c) el tráfico ilícito de drogas; d) el tráfico ilícito de armas; e) el blanqueo de capitales; f) la corrupción; g) la falsificación de medios de pago; h) la delincuencia informática; e i) la delincuencia organizada. A pesar de tratarse de una lista, en principio, cerrada, el mismo precepto establece que, teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que correspondan a los criterios referidos. Tales criterios son la especial gravedad de los delitos y su dimensión transfronteriza, lo cual supone un cierto límite material a la ampliación de la catálogo de delitos cuya competencia puede ser asumida por la Unión. Las directivas que se dicten sobre estas materias podrán contener tanto un catálogo de figuras delictivas, como cuestiones relativas a la parte general del Derecho penal (punibilidad de la tentativa, imprudencia, participación, responsabilidad penal de personas jurídicas, etc.), así como a cuestiones penológicas.

<sup>198</sup> Por ejemplo, los esfuerzos realizados en el ámbito del “*Corpus Iuris*” no han logrado una solución (sobre el tema - DELMAS-MARTY, M. y VERVAELE J.: *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States: penal provisions for the protection of European Finances*. Intersentia, Antwerp, 2000).

freno al avance del terrorismo<sup>199</sup>. También fueron insuficientes los relativos avances conquistados con el Tratado de Lisboa<sup>200</sup>, texto que no ha aportado muchas luces sobre el específico problema de la utilización del sistema financiero de la Unión en beneficio del terrorismo<sup>201</sup>, de suerte que, hasta el momento, siguen siendo necesarios los esfuerzos para alcanzar una Constitución Europea<sup>202</sup> que represente un punto de encuentro entre los países, brindando condiciones para que se pueda hablar en un Derecho Penal comunitario<sup>203</sup>. Toda esta poca claridad legislativa ha fomentado el

---

<sup>199</sup> Los recientes atentados ocurridos en Europa (como el realizado en la sede del semanario francés Charlie Hebdo en París el día 07 de enero de 2015) indican que el continente no está libre del terrorismo. Como afirma el periódico "El Mundo" en su reciente editorial de 04 de junio de 2015 (a respecto del incremento del riesgo terrorista): *"España tiene un nivel alto de amenaza respecto al terrorismo islamista, es más, hay una elevada posibilidad de que pueda producirse un atentado en España o contra los intereses españoles en el extranjero". Las afirmaciones corresponden a un experto policial al cumplirse, hace poco más de un año, el décimo aniversario de las bombas del 11-M y tras analizar las amenazas de Setmariam o Al Zawahiri. Desde ese momento, han sido muchas las ocasiones en las que los más conocedores del fenómeno han expresado su temor a que ocurra lo que ya ha ocurrido en Londres, en Francia o en Túnez. Es poco controlable que un individuo la emprenda por su cuenta. En el Gobierno preocupan las captaciones, más frecuentes en Cataluña, Ceuta y Melilla; los retornados, aquellos que se marcharon a Siria o Irak, desde España o desde cualquier otro lugar, y que regresan a España o a cualquier otro lugar. La mayor parte de los que han vuelto se encuentran en prisión. Y más de 50 hipotéticos terroristas están siendo seguidos en labores de prevención. Día tras día.*" (accesible en <http://www.elmundo.es/cataluna/2015/07/04/5596f52d268e3ea72b8b458e.html>).

<sup>200</sup> Véase el amplio estudio de ROMEO MALANDA, S.: *El nuevo modelo de derecho penal transnacional: el derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa*, Revista de Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXII, publicado en el marco del proyecto de investigación DER2008-00954/JURI - "Delincuencia económica. Nuevos instrumentos jurídicos y tecnológicos", Ministerio de Ciencia y Tecnología, coordinado por el Prof. Carlos María Romeo CASABONA. ISSN 1137-7550: 313-386, año 2012.

<sup>201</sup> En el contexto de este diploma ROMEO MALANDA concluye que "es discutible que el Tratado de Lisboa ampare la creación del Derecho penal a través de reglamentos. A nuestro juicio, una interpretación histórica y sistemática del art. 325.4 TFUE podría llevarnos a defender que ello es posible en relación con la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. Sin lugar a dudas, el instrumento básico en la elaboración del Derecho penal europeo es la armonización a través de directivas. Los arts. 83.1 y 2, y 325.4 TFUE, atribuyen competencias a la Unión en materia penal con un amplio alcance. Si se abusa de esta posibilidad se corre el riesgo de generar graves problemas de coherencia en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. De ahí, que el recurso a las directivas, si bien puede ser oportuno en algunos ámbitos, deba hacerse con mucha cautela." (en *"El nuevo modelo de derecho penal transnacional..."*, op.cit. pág. 74).

<sup>202</sup> A propósito del intento por parte de la Unión Europea de alcanzar un texto "constitucional" Moritz VORMBAUM recuerda que "en la primavera del año 2005, fue presentado en Roma, después de años de negociaciones duras y largas entre los Estados miembros, el proyecto de una llamada 'Constitución Europea'. Por supuesto, no era una constitución en sentido jurídico estricto, puesto que la U.E. no es un Estado y por ello no puede darse una Constitución. Pero el título 'constitución' sí está justificado en un cierto sentido. Se trata de un nuevo tratado, que contiene un catálogo de derechos básicos y valores comunes. Además, se prevé una reforma básica de la estructura, entre otros puntos,, concediendo más derechos al Parlamento Europeo. Aunque tampoco con la 'Constitución Europea' se hubiera resuelto todos los problemas respecto a la falta de elementos democráticos, este tratado habría significado un paso en dirección a una participación más amplia de los ciudadanos europeos en el proceso de la legislación y aportando, en general, a *más seguridad jurídica*." (así: *El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho Penal Europeo*, en Revista Penal nº 19, Doctrina, pág. 104, Editorial La Ley, Dirigida por Juan Carlos Ferré Olivé, enero de 2007).

<sup>203</sup> Sobre el tema ha escrito VOGEL, J.: *The European integrated criminal justice system and its constitutional framework*, en Maastricht Journal of European and Comparative Law, ISSN 1023-263,

debate en diferentes ámbitos - desde el académico, pasando por el legislativo, hasta el judicial - sin muchas soluciones capaces de lograr el nivel de *seguridad jurídica* y *políticocriminal* que el tema de la financiación del terrorismo requiere<sup>204</sup>. Ello ha supuesto el afloramiento de muchas discusiones sobre la armonización de la legislación europea frente al principio de legalidad<sup>205</sup> y proporcionalidad de las penas en los distintos países que componen el ámbito europeo.

En suma, estos intentos no fueron totalmente capaces de rellenar importantes lagunas legislativas, principalmente en el campo penal, de suerte que - al menos por el momento - la cuestión concreta del terrorismo y su financiación siguen planteando muchos problemas. Esta es la razón por la cual, en la práctica, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo continúan siendo asuntos mezclados sin que exista una reflexión más profunda por parte de los legisladores acerca de las consecuencias que pueden derivar de tal confusión de estrategias, y aún más sobre los problemas científicos que suponen para la dogmática penal.

Sobre este aspecto, ha tratado el tema FERRÉ OLIVÉ cuando, al comentar la Directiva 2005/60, sostiene que “en diferentes trabajos publicados en los últimos años he venido destacando la estrecha relación que existe entre blanqueo de capitales – una genuina modalidad de delito económico-, corrupción y crimen organizado<sup>206</sup>. Sin embargo, como consecuencia de la psicosis generalizada que han provocado los

---

Vol. nº 2, pág. 125, 2005 y KLIP, A.: The Constitution for Europe and Criminal Law, a step not far enough, en: Maastricht journal of European and comparative law, ISSN 1023-263X, Vol. 12, Nº 2, , 2005, pág. 115.

<sup>204</sup> En cierta manera, no han sido suficientes las aclaraciones acerca de las competencias en el seno de la Unión, como por ejemplo, los razonamientos enfrentados en la sentencia C-176/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –TJCE, de 13.09.2005, acerca del reparto de competencias en materia penal entre el primer y el tercer pilar. Dicha decisión, que también ha incidido en su época sobre la materia tratada por la Directiva del año 1991, ha definido, en pocas palabras, que el Derecho penal como tal no constituye una política comunitaria y la acción de la Comunidad en materia penal sólo puede basarse en una competencia implícita vinculada a una base jurídica específica. La aprobación de medidas penales sobre una base comunitaria sólo se considera posible de manera sectorial, y siempre que se demuestre la necesidad de luchar contra graves incumplimientos de los objetivos de la Comunidad puede utilizar el Derecho penal para alcanzar sus objetivos. Sin embargo, el recurso al Derecho penal para garantizar la eficacia del Derecho comunitario sólo puede hacerse si se cumplen dos condiciones, como la real *necesidad* de hacer eficaz la política comunitaria en determinada cuestión común y la *coherencia* general del dispositivo adoptado.

<sup>205</sup> Sobre el principio de legalidad en el escenario europeo véase SILVA SÁNCHEZ, J.M.: Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿Una convergencia posible?, en AAVV El Derecho Penal de la Unión Europea, situación actual y perspectivas de futuro. Ed. Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, Cuenca, 2007, pág. 69.

<sup>206</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Política Criminal Europea..., op.cit., pág. 162.



atentados terroristas de Nueva York (2001), Madrid (2004) y Londres (2005) se ha abierto una nueva línea de reflexión político- criminal que pretende demostrar – y al mismo tiempo plasmar a través de normas jurídicas- la existencia de una estrecha relación entre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, aunque es cierto que esta relación era objeto de debate ya antes de los mencionados actos terroristas. Así, en el marco de la ONU la Convención Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de Nueva York de 9 de diciembre de 1999<sup>207</sup> exigía sancionar los comportamientos de todos aquellos que provean o recauden fondos que se utilicen en la perpetración de actos terroristas. El art. 18.b de dicha Convención se ocupa de la prevención de este tipo de delitos reforzando los controles sobre instituciones financieras y profesionales que intervengan en transacciones u operaciones que puedan ser sospechosas de una actividad delictiva relacionada con el terrorismo (prohibición de apertura de cuentas secretas o de titulares no identificados, deberes específicos de información, conservación de documentos, etc.). Estas actuaciones pueden resultar difícilmente criticables si se trata de reprimir la financiación del terrorismo internacional. Sin embargo, esta tendencia se dirige a confundir financiación del terrorismo y blanqueo de capitales, otorgando a ambas similar tratamiento jurídico. Esta solución es evidentemente poco afortunada, pues extiende la tutela reforzada que se ejercita en materia de prevención del terrorismo a los distintos supuestos de blanqueo de capitales<sup>208</sup>.

El mismo autor considera que “la equiparación que realizan las normas aquí analizadas entre financiación del terrorismo y blanqueo de capitales es el resultado de una evidente ausencia de competencias europeas en orden al fenómeno terrorista. El ejercicio del *ius puniendi* en Europa siempre ha supuesto un camino plagado de dificultades. Sin una Constitución europea el andamiaje penal comunitario es extremadamente frágil. Europa quiere –pero no puede- estructurar jurídicamente una estrategia político- criminal antiterrorista. Por ese motivo se recurre a la defensa de los mercados, a manifestaciones que declaran la necesidad de una actuación comunitaria en esta materia sobre la base de unas solidez, integridad y estabilidad de entidades

---

<sup>207</sup> Ratificado por España el 1 de febrero de 2002, BOE 17-2-2002.

<sup>208</sup> Cfr. FERRE OLIVÉ, J.C.: Política Criminal Europea en Materia de Blanqueo de Capitales, en AAVV Financiación del Terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico, op. cit, Valencia, 2009.

financieras y de crédito europeas”<sup>209</sup> De esta manera, se puede decir que parte del problema en relación al tema de la financiación del terrorismo radica en encontrar el justo y adecuado fundamento jurídico para que la Comunidad Europea pueda legislar sobre el tema u obligar a los Estados a hacerlo en el mismo sentido.

Como bien ha expresado BLANCO CORDERO<sup>210</sup> la tradicional afirmación de que la Comunidad Europea carece de competencias en materia penal ha sido desde hace mucho tiempo cuestionada. La existencia de diversas propuestas de directiva (especialmente en materia medioambiental y sobre protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea) que obligan a los Estados miembros a sancionar penalmente diversos comportamientos genera toda una suerte de conflictos internos, entre el propio Consejo y la Comisión, y también entre la Unión y los Estados miembros, involucrando de forma enlazada aspectos de soberanía y de delimitación de competencias que todavía no están suficientemente claros. Es más, la propia competencia y poder de la Unión Europea para establecer, aunque de forma indirecta, la “tipicidad” administrativa o penal de conductas es dudosa e incluso muy objetable.

En conclusión, la edición de la nueva DIRECTIVA 2015/849 de 20 de mayo de 2015, *repite y refuerza tendencias político-criminales a escala mundial* en dos sentidos: a) el tratamiento en un único instrumento - con idénticos métodos y respuestas - de problemas que son de naturaleza distinta (blanqueo y terrorismo); b) el incremento de la represión penal, mediante de la instrumentalización de la figura del blanqueo de capitales, a costa de derechos fundamentales, entre ellos el secreto profesional y bancario.

Sobre esta primera tendencia – la confusión de métodos para alcanzar determinados fines – FERRÉ OLIVÉ<sup>211</sup> ha explicado con precisión que “el hecho de recoger o recaudar fondos (financiación) no es necesariamente equiparable a transformar fondos ilícitos en lícitos (blanqueo). Pueden existir conductas aparentemente afines por la identidad de las personas que las llevan a cabo, pero en todo caso son comportamientos claramente diferenciables. Recuérdese que la financiación

---

<sup>209</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Política criminal europea...*, op.cit., pág. 171.

<sup>210</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: *El derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 06-05, Artículo publicado en el marco del proyecto de investigación PGIDT-O1PX139701 de la Xunta de Galicia titulado "Aspectos dogmáticos y criminológicos en las nuevas formas de defraudación y corrupción en las sociedades complejas", dirigido por el Prof. Dr. D. Javier de Vicente Remesal.

<sup>211</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, *Política criminal europea...*, op.cit., pág. 163.

del terrorismo puede provenir de fondos lícitos. El auténtico problema surge cuando se establecen medidas excepcionales para luchar contra la financiación del terrorismo – admisibles, siempre que se respeten las garantías fundamentales que resultan del Estado de Derecho-, y dichas medidas se aplican también para perseguir un fenómeno distinto, como es el blanqueo de capitales en todas sus manifestaciones”.

Los peligros de tal falta de criterio no son sensibles tan solo en el campo de la dogmática penal, sino también producen reflejos concretos en la lucha contra el blanqueo y la financiación del terrorismo. Ello lo confirma el escaso éxito judicial bajo la forma de condenas definitivas respecto al delito de blanqueo de capitales<sup>212</sup> y aún de forma más dramática a la escasa eficacia respecto a la prevención general del delito de financiación del terrorismo en los Códigos Penales tiene frente a la práctica de atentados terroristas.

Específicamente en el campo del terrorismo, no se niega la importancia que tiene la investigación del entramado financiero de las organizaciones terroristas. Tanto la doctrina más autorizada<sup>213</sup> como los informes de los organismos oficiales<sup>214</sup> confirman que esta vía de respuesta es necesaria e imprescindible. Tampoco se ignora que algunas circunstancias recientes, tales como el fortalecimiento económico de grupos terroristas<sup>215</sup> y los descubrimientos acerca de la especialización de métodos financieros para la captación y distribución de recursos a gran escala,<sup>216</sup> pueden generar importantes cantidades de capital que terminan en manos del terrorismo. Sin embargo, los mismos especialistas también están de acuerdo en afirmar que el dinero en manos de organizaciones terroristas no circula necesariamente por el entramado financiero

---

<sup>212</sup> En este sentido, BOTTKE, W.: “la eficacia de las disposiciones penales alemanas contra el blanqueo de dinero es, dicho con cautela, muy limitada. Su eficacia es tan limitada como la eficacia de las disposiciones jurídicas contra el blanqueo de dinero de los demás países de la Unión Europea y de Suiza.” (en Revista Penal, nº 2, pág., 5, Editorial Praxis, julio 1998).

<sup>213</sup> Sobre el tema el amplio estudio elaborado por LORETA NOPOLEONE en la obra YIHAD – *Cómo se financia el terrorismo en la nueva economía* (título original – *The Modern Yihad*) Pluto Press, Londres ISBN 84-7953-554-7, 2004.

<sup>214</sup> La evaluación del GAFI sobre la situación de España en diciembre de 2014.

<sup>215</sup> Como el autodenominado Estado Islámico.

<sup>216</sup> Como el mercado negro de piedras preciosas procedentes de África, los campos de petróleo en manos de insurgentes en Oriente Medio, la venta de objetos arrebatados de museos, el tráfico de obras de arte, el narcotráfico a servicio de grupos terroristas, etc.

oficial<sup>217</sup>, y no suele ser de volumen expresivo<sup>218</sup>, aún en los casos en los que los terroristas actúan en solitario<sup>219</sup>.

Por estas razones, el hecho de que el dinero que sirve al terrorismo circule por los mismos cauces económicos que sirven para blanquear capitales de otras fuentes (como del narcotráfico y la delincuencia organizada) no autoriza la introducción en el mismo instrumento normativo supranacional (sean Convenciones de Naciones Unidas o Directivas Europeas) de reglas que sirvan indistintamente a todas las situaciones. Esta estrategia genera una confusión de acciones en el otro extremo del problema, obligando a los destinatarios de la norma – autoridades públicas o entidades obligadas - a bajar criterios únicos y a seguir comportamientos idénticos para situaciones que son esencialmente diferentes.

---

<sup>217</sup> En muchos casos se utilizan las Tránsferencias Informales de Fondos (TIF) o el conocido sistema denominado “Hawalla” (canal informal de transferencia de fondos de un lugar a otro a través de proveedores de servicios conocidos como “hawaladars” en transacciones que suelen ser llevadas a cabo por trabajadores inmigrantes que viven en países desarrollados, con bajos costos de operación, rapidez, poca documentación, y de forma menos burocrática que el sistema financiero formal).

<sup>218</sup> Sobre el tema: SALAS CALERO, Luis: *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, págs. 301 y ss., en el libro de igual título, artículo elaborado en el marco del Proyecto I+D SEJ2005-04209, dirigido por J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, Tirant Monografías-666. Valencia, 2009.

<sup>219</sup> Los llamados “lobos solitarios”. Con respecto al análisis de la actuación de terroristas en solitario y sus vinculaciones financieras reales con organizaciones terroristas, hay que considerar, por otro lado, ciertas matizaciones por parte de la doctrina especializada. Sobre este tema, es interesante la línea de investigación del Profesor de estudios de Oriente Medio Jean-Pierre Filiu de la Paris School of International Affairs (y profesor de las Universidades de Columbia, Nueva York, y Georgetown, Washington, en Estados Unidos). Este historiador arabista centra su investigación en la adaptación del Islam a la modernidad globalizada y destacando los movimientos radicales que tratan de modernizar los conceptos tradicionales, dándoles un nuevo significado hasta ahora desconocido en el Islam, por ejemplo en el caso del califato. Concretamente sobre el tema referido, en reciente informe publicado por el grupo de expertos miembros del SoufanGroup (<http://soufangroup.com/> de mayo de 2015) el autor subraya que los yihadistas no son lobos solitarios sino que tienen contactos con organizaciones extremistas. Por ejemplo, en el caso de los hermanos Kouachi (que cometieron el atentado contra Charlie Hebdo) o el caso de Amedy Coulibaly (que asesinó a una policía y mató a cuatro personas en una toma de rehenes en París) las investigaciones apuntan que tenían un contacto más o menos directo con organizaciones yihadistas. Por otro lado, el desmantelamiento de grupos en Francia y Bélgica demuestra de nuevo que es falso el mito del 'lobo solitario', es decir, el de personas que actúan por su cuenta, figura nacida en Estados Unidos cuando empezó a decaer la 'guerra global contra el terror' lanzada por la administración Bush en 2001. El autor afirma que “la ausencia de enemigos claros llevó a varios expertos a construir la figura del 'lobo solitario', un enemigo interior 'para justificar los dispositivos contra las libertades como el Patriot Act. cuya eficacia es muy discutible' (véase <http://www.elobservador.com.uy/los-yihadistas-no-son-lobos-solitarios-segun-los-expertos-n299254> ). Conforme consta en el referido informe del Soufan Group las investigaciones también demuestran que muchas veces los atacantes definen ellos mismos sus objetivos y su manera de actuar, y también se encargan de la financiación, que normalmente no necesita grandes sumas de dinero. Sobre el tema, y del mismo autor: *Apocalypse in Islam*, University of California (www.ucpress.edu), 2012 y *The arab revolution, comparative politics and international studies series*, Oxford University Press, ISBN 978-0-19-989829-9, 2011.

Una política-criminal de tal perfil se refleja muchas veces en el puro y simple endurecimiento de la norma penal, y sirve de excusa para la creación de nuevas figuras delictivas que guardan semejanzas entre sí, pero que son de distinta naturaleza.

Ello pone de manifiesto la importancia de que sean respetados consagrados principios del Derecho penal. Como subraya CERVINI en sus comentarios sobre la legislación modelo (Reglamento Modelo – CICAD) en América: “El principio de lesividad de un bien jurídico, que es el que fundamenta en un Estado de derecho todo reproche penal, aparece radicalmente desconocido desde el momento en que la propia ley presume en modo absoluto y con desprecio de lo que efectivamente acontezca en la realidad, la peligrosidad de la conducta conminada. Ha dicho al respecto Zaffaroni: “Cuando no se pregunta para qué la norma prohíbe esa conducta, caemos en que el deber se impone porque sí, porque es el capricho, el antojo, el empeño arbitrario de un legislador irracional. Quedará quebrado el principio republicano de gobierno..., que impone la racionalidad de sus actos. El derecho impondrá un deber por el deber mismo”. El bien jurídico, dice Bustos Ramirez, “surge como un límite material a la actividad del Estado. Este sólo puede señalar injustos penales que tengan como base un bien jurídico, que debe estar de tal manera precisado que permita la participación crítica de los ciudadanos en su fijación y revisión. De este modo se puede impedir una legislación penal arbitraria o bien autoritaria por parte del Estado”.<sup>220</sup>

En esta línea se puede poner como ejemplo la persecución del blanqueo imprudente que se tipifica a través del artículo 301.3 del actual Código Penal<sup>221</sup> en correspondencia con el nuevo marco jurídico establecido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que ha introducido en el ordenamiento jurídico español el delito

---

<sup>220</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: *Lei de lavagem de capitais...*, op.cit. pág. 176.

<sup>221</sup> Artículo 301.3. : “Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.”

específico de financiación del terrorismo (artículo 576 del CP)<sup>222</sup> que también contempla una versión culposa<sup>223</sup> consistente en el incumplimiento por imprudencia grave de las obligaciones legalmente establecidas y que de esa forma impide la detección de acciones de financiación del terrorismo. Ambas figuras, que conllevan enormes dificultades en el campo probatorio, resultan prohibidas en el campo penal y son rechazadas por la Directiva europea sobre la materia. Esta equiparación ha sido criticada por la doctrina penal en razón de los problemas que plantea, principalmente por la regulación unificada bajo directrices comunes de delitos que son esencialmente distintos<sup>224</sup>.

Ante este escenario no sería excesivo afirmar que el terrorismo representa una buena razón simbólica para el endurecimiento de reglas antiblanqueo y sirve como instrumento para la quiebra de límites garantistas que fueron conquistados a lo largo de siglos de lucha contra el poder del Estado. Coincidimos plenamente con FERRÉ OLIVÉ

---

<sup>222</sup>Artículo 576: “1. Será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años y multa del triple al quíntuplo de su valor el que, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo. 2. Si los bienes o valores se pusieran efectivamente a disposición del responsable del delito de terrorismo, se podrá imponer la pena superior en grado. Si llegaran a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará como coautoría o complicidad, según los casos. 3. En el caso de que la conducta a que se refiere el apartado 1 se hubiera llevado a cabo atentando contra el patrimonio, cometiendo extorsión, falsedad documental o mediante la comisión de cualquier otro delito, éstos se castigarán con la pena superior en grado a la que les corresponda, sin perjuicio de imponer además la que proceda conforme a los apartados anteriores.”

<sup>223</sup>Artículo 576.4.: “4. El que estando específicamente sujeto por la ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado 1 será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en él.”

<sup>224</sup> Esta problemática resulta muy conflictiva como lo expresa Elena NUÑEZ CASTAÑO: “la modalidad imprudente regulada específicamente tras la reforma se deriva directamente de la Tercera Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Esta Directiva, cuya transposición ya se había plasmado previamente en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, obliga a aplicar al delito de financiación del terrorismo a todas las disposiciones contenidas en la legislación del prevención del blanqueo de capitales dándole un trato idéntico. En definitiva, se establece una regulación unificada por la que se somete tanto la prevención del blanqueo como la de la financiación del terrorismo a unas directrices comunes. Sobre esta base, el legislador español de 2010, consideró que deberían castigarse como financiación imprudente del terrorismo aquellos supuestos en los que el incumplimiento de los deberes legales, por parte de aquellos sujetos obligados, en los casos más graves, facilite o favorezca no intencionalmente actos de financiación de las actividades terroristas. De esta forma, considera el legislador de 2010 que se podría reaccionar penalmente, al menos en los casos más graves en los que el incumplimiento de las medidas preventivas por parte de los sujetos a ellas obligados facilite o favorezca, aunque sea de modo no intencional, actos de financiación de actividades terroristas de modo similar a como viene sucediendo en relación con el delito de blanqueo de capitales; se castigan, consecuentemente, conductas omisivas imprudentes de quienes se encuentran en posición de garante; o lo que es lo mismo, las personas obligadas a dar cuenta y colaborar con las autoridades” Cfr. NUÑEZ CASTAÑO, E.: *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Valencia, 2013, p. 272.

cuando afirma que “esta tendencia político-criminal sólo puede comprenderse bajo el signo de un incremento desmedido y voraz de la represión por parte de los distintos gobiernos. Los Estados aprovechan como excusa la amenaza terrorista internacional para ejercitar labores de inteligencia y poder perseguir muchos otros delitos (como la corrupción internacional, el narcotráfico o incluso los fraudes fiscales) instrumentalizando en buena medida la figura del blanqueo de capitales. Toda la estrategia queda amparada por la excepcionalidad, que permite utilizar medios ilimitados al situarse dentro de la órbita de las actividades terroristas”<sup>225</sup>.

Efectivamente, el actual estado legislativo de la cuestión parece indicar que no será infrecuente que surjan ciertos conflictos entre el Derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en materias relacionadas con el cumplimiento de deberes de vigilancia por parte de los agentes obligados (principalmente profesionales de asesoramiento y operadores del sistema financiero) muchos de los cuales se convierten en verdaderos instrumentos particulares para la lucha contra el delito<sup>226</sup> mediante la obligación de observancia de una serie de deberes que conllevan consecuencias penales, sancionados incluso bajo la forma imprudente en caso de negligencia. Aspectos relativos al secreto bancario – hoy prácticamente inexistente - y la previsión de un sistema de delación velada tendrán repercusión directa en las relaciones entre clientes y operadores del sistema financiero, abogados, procuradores y otras profesiones.

El escenario actual también evidencia una clara tendencia de adelantamiento de la barrera de intervención penal, y supone una nueva vuelta de tuerca en la intensificación de la presión criminal en determinados ámbitos conflictivos como es el caso del terrorismo<sup>227</sup>.

Por último, en el campo del terrorismo, sería conveniente profundizar el debate acerca de la necesidad de que, en el futuro, el tratamiento jurídico del delito de financiación se encontrara ubicado en un título distinto (aunque se mantuviera cierto

---

<sup>225</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Política Criminal...*, op.cit., pág. 164.

<sup>226</sup> Sobre el tema SIEBER señala que “la privatización de la persecución penal (precautoria) y de la garantía de seguridad que esto conlleva está relacionada también en parte con una intromisión en las relaciones de confianza privadas (p.ej. en la *implicación de los abogados en la represión del blanqueo de capitales*)”. SIEBER, U.: *Límites del Derecho Penal...*, op.cit., pág. 103.

<sup>227</sup> Así lo expresa NUÑEZ CASTAÑO, E.: *Los delitos de colaboración...*, op.cit. pág. 262.

grado de comunicabilidad de preceptos y estrategias con la política-criminal antiblanqueo).

En definitiva, el panorama actual destaca la importancia de la dogmática penal en denunciar estas imprecisiones técnicas con el fin de preservar una mínima coherencia en el sistema y garantizar la aplicación de *principios* generales<sup>228</sup> que garanticen la armonización del Derecho comunitario frente al Derecho interno de los países, donde, hace mucho tiempo, están consagradas apreciadas garantías individuales duramente conquistadas en siglos de lucha a favor de la libertad<sup>229</sup>.

Es cierto que la competencia de la Comunidad Europea para armonizar el Derecho Penal nacional representa claramente un asunto complejo y sensible, pero, como subraya VERVAELE “la soberanía nacional no evita que el Derecho internacional o supranacional influencie el Derecho penal nacional, estableciendo una dinámica de constante transformación y desarrollo”<sup>230</sup>. Cuidar para que este proceso de armonización sea democrático y esté sujeto a un riguroso análisis crítico parece ser un buen camino para evitar la masiva y mimética transposición de normas en desacuerdo

---

<sup>228</sup>Se puede buscar solución a los conflictos en principios generales que proporcionen la armonización de la legislación interna de los países con las normas supranacionales oriundas de la Unión tales como: a) el principio de subsidiariedad; b) el principio de proporcionalidad; c) el principio de la supremacía del Derecho comunitario (que implica en la derogación de normas contrarias al ordenamiento comunitario); d) el principio de asimilación (por el cual los intereses comunitarios deben recibir a nivel nacional la misma tutela que se otorga a los intereses estatales de la misma naturaleza); e) y el principio de eficacia basado en la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y la eficacia del Derecho Comunitario.

<sup>229</sup>Compartimos en este sentido el pensamiento de Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ cuando cuestiona “si el desmoronamiento del secreto bancario y profesional que supone el eje de la normativa europea recientemente aprobada implica el primer paso hacia la creación de una innovadora herramienta político-criminal que sirva a los gobiernos para evitar los cauces tradicionales garantistas –penales y procesales– contruidos a partir de la Ilustración, y que se han establecido para poner freno al poder omnímodo del Estado” (cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Política Criminal...*, op.cit., pág. 165).

<sup>230</sup>Cfr. VERVAELE, J.: Unión Europea y el cumplimiento de la política comunitaria... ,op.cit., 2003. Del mismo autor: *The Europeanization of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration*, en P. Demaret& D. Hanf Editores, Bruselas, 2005.



con las reales necesidades y características del Derecho interno de cada país miembro de la Unión Europea<sup>231</sup>.

Quizás el día en que el constituyente europeo logre formular una Constitución que sirva de referencia a la configuración de la Unión<sup>232</sup>, posiblemente muchos de los problemas causados por las discrepancias interinstitucionales de la actualidad dejarán de existir<sup>233</sup>, y Europa alcanzará un Derecho Penal razonable<sup>234</sup> que sirva de inspiración común a los Estados miembros sin causar tantas preocupaciones a sus ciudadanos sobre el destino de su libertad individual.

### **E) Especial referencia sobre la relación entre delito fiscal y blanqueo de capitales**

---

<sup>231</sup> La propia incorporación mimética del modelo delito de financiación del terrorismo concebido internacionalmente por parte del ordenamiento jurídico español ha sido cuestionada en términos de real necesidad por parte de la doctrina penal. En este sentido FERRÉ OLIVÉ ha afirmado que “que una exigencia expresa de criminalización no es necesaria en el caso de España, cuyo Código Penal prevé suficientes respuestas penales como para poder perseguir con soltura toda forma de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Incluso se debe reflexionar acerca de este proceso fuertemente expansivo en materia de protección penal contra el blanqueo de capitales de origen ilícito. Pues como ha sostenido Bottke en relación al delito de blanqueo de capitales en Alemania, ‘No se sabe si las modificaciones de los preceptos legales han aumentado su eficacia. Queda por resolver, si las tendencias a la ampliación al ámbito regulado por el precepto penal son plausibles o censurables’. Y por todo lo expuesto nos decantamos, por el momento, hacia la censura.” cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Política Criminal..., op.cit., pág. 177. También en el mismo sentido: BLANCO CORDERO, ¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español? en Athena Intelligence Journal, Vol. 4, No 1, 2009, págs.35/68 Y NÚÑEZ CASTAÑO, E., Algunos aspectos conflictivos sobre el nuevo delito de financiación del terrorismo del art. 576 bis del Código Penal, Revista General de Derecho Penal, nº 16, 2011.

<sup>232</sup> En el mismo sentido, VORMBAUM, M.: “Sólo queda esperar que la ‘Constitución Europea’ algún día sea ratificada, o si no, que se fortalezcan los elementos democráticos dentro de la Unión Europea a través de cambios en los tratados de la U.E. y de la Comunidad Europea.” (en El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho Penal..., op.cit., pág. 105).

<sup>233</sup> Cfr. NIETO MARTÍN, A.: “El Derecho Penal a la espera de una constitución”, en El Derecho Penal de la Unión Europea, situación actual y perspectivas de futuro. Colección Marino Barbero Santos, Director: Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, ISBN 978-84-8427-548-0, 2007, pág. 11. Del mismo autor y obra véase “Modelos de organización del sistema europeo de Derecho Penal”. op.cit. 167.

<sup>234</sup> Así VORMBAUM, M.: “Respecto a las influencias de la U.E. sobre el Derecho Penal, el problema se plantea, en mi opinión, en las tendencias contrarias, entre las metas de la U.E. y las metas características que tiene el Derecho Penal: Es decir, la U.E., cómo explica en su preámbulo tiene como meta la creación de la libertad, la caída de las fronteras, la simplificación de la convivencia entre los Estados de Europa. Por supuesto, todo eso son metas que valen la pena, y por las cuales merece luchar. Pero hay que tener cuidado que la pertenencia a la U.E. no signifique un paso atrás respecto al Derecho Penal de los Estados miembros. Falta de legitimidad democrática, abuso político del Derecho Penal y expansión exagerada no tienen nada en común con las metas de la Unión Europea. (El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho Penal..., op.cit., pág. 105).

La relación entre el delito de blanqueo de capitales y el fraude fiscal ha sido desde siempre objeto de mucha polémica y distintas interpretaciones, ofreciendo una amplia variedad de posturas y soluciones sobre la cuestión acerca si es o no posible considerar el delito tributario como antecedente del delito de blanqueo de capitales.

De un lado se encuentran los que sostienen que el delito de defraudación al fisco no puede ser en ningún caso el antecedente del delito de blanqueo, ya que quien defrauda no obtiene bienes que no estuvieran ya previamente en su patrimonio. De otro lado se encuentran aquellos que consideran que no existe ninguna razón por la que el delito fiscal no pueda ser el antecedente del delito de blanqueo de capitales, argumentando que los bienes que proceden de un delito tributario tienen un origen delictivo y por ello pueden ser objeto material de un delito de blanqueo.

Este asunto ha causado en los últimos años un intenso debate, y la polémica que conlleva se ha agravado con la tramitación y aprobación de importantes reformas legales. En España el delito de blanqueo de capitales se encuentra tipificado en el artículo 301 del Código Penal<sup>235</sup> de la siguiente forma: “El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...” Por otro lado, los delitos contra la Hacienda Pública están previstos en los artículos 305 y siguientes del Código Penal<sup>236</sup> y están basados en el sistema de “cuota defraudada” (art. 305 CP), es decir, que la norma establece un mínimo para que constituya delito<sup>237</sup>.

Entre las más significativas reformas que afectan el Derecho Penal español están las novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003 que modifica el artículo 301 del Código Penal para ampliar los posibles delitos que pueden ser considerados antecedentes del blanqueo. El proceso de reforma del Código Penal viene expandiendo el contenido de la norma penal antiblanqueo para incluir delitos precedentes sujetos a una pena superior a 3 años<sup>238</sup>, pasando después a admitir que se tratara de cualquier

---

<sup>235</sup> TÍTULO XIII, CAPÍTULO XIV, artículos 301, 302, 303 y 304 del Código Penal.

<sup>236</sup> TÍTULO XIV, artículos 305 a 310 del Código Penal.

<sup>237</sup> En España, el legislador ha optado por no formular una lista de delitos antecedentes, hablando de bienes que tengan su origen en una actividad delictiva, de forma amplia por lo tanto.

<sup>238</sup> Ley 19/1993, de 28 de diciembre.

delito<sup>239</sup>, procedentes de todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito<sup>240</sup>, hasta llegar a bienes que tienen su origen en una *actividad delictiva* (incluso los que se encuentren en la mera posesión del agente)<sup>241</sup>. En este sentido, se ha ampliado el espectro de incidencia del Derecho penal mediante el endurecimiento de la respuesta punitiva y el prolongamiento de la persecución por medio del delito de blanqueo de capitales, figura que ha pasado a representar una segunda carga permanente contra cualquier clase de delitos<sup>242</sup>.

En el mismo contexto y sentido la nueva DIRECTIVA 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo<sup>243</sup>, aprobada el 20 de mayo de 2015, también ha establecido en su *artículo tercero, apartado 4, letra “f)”* que el

---

<sup>239</sup> Ley 15/2003, de 25 de noviembre.

<sup>240</sup> Ley 10/2010, de 28 de abril.

<sup>241</sup> Ley 5/2010, de 22 de junio.

<sup>242</sup> Comentando este proceso de reforma Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ ha destacado: "Cambiando la perspectiva, el Código Penal de 1995 adoptó una fórmula amplia, considerando penalmente relevante el blanqueo o transformación de capitales (maniobras consistentes en adquirir, convertir o transmitir bienes) que provengan de la comisión de un delito grave, realizado dentro del marco del sistema financiero o incluso fuera de él. Así se modifica sustancialmente el ámbito de intervención en esta materia, anteriormente limitado a los bienes provenientes del narcotráfico, entrando de lleno en la esfera de otras conductas punibles. En su día consideramos que fue una decisión legislativa acertada, en la medida en que se protegen intereses directamente relacionados con la libre competencia y el mercado, ya que este último se desestabiliza cuando los capitales ilícitamente obtenidos circulan libremente y en pie de igualdad con los capitales lícitos. Algunos autores propusieron entonces interpretaciones restrictivas del concepto de delito grave, para que sólo se considerara blanqueo a la transformación de bienes provenientes de actividades delictivas relacionadas con las drogas tóxicas o estupefacientes, evitando “generalizar en exceso el delito de blanqueo, suplantando las habituales recepciones o encubrimientos”. En nuestro caso consideramos acertado el planteamiento amplio adoptado por el Código Penal, con la única salvedad de que efectivamente se tratara de delitos graves. Sin embargo, la gravedad del delito es un requisito que ha sido suprimido por el legislador español a partir de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de diciembre, que modifica el art. 301 extendiendo su aplicación a los bienes que provengan de cualquier clase de delito, es decir graves y no graves. El ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales así considerado es amplísimo, pues afecta a todos y cada uno de los delitos consagrados en el Código Penal. Quedan excluidos – al menos de momento - los hechos que oculten el producto de faltas e infracciones administrativas.” El autor destaca con mucha propiedad: “El blanqueo de capitales funciona de hecho como una prolongación postdelictiva de cualquier delito, generando nuevas responsabilidades sobre la base de un hilo conductor cuya estructura está aún pendiente de definir y sobre todo de justificar.” Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Política Criminal...*, op.cit., pág. 166.

<sup>243</sup> Sobre la nueva Directiva: La política criminal de la Unión Europea en materia de blanqueo de capitales. Especial referencia a las nuevas propuestas de directivas de 2013. GUINARTE CABADA. En III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Coord. por MIGUEL ABEL SOUTO y NIELSON SÁNCHEZ STEWART, Tirant lo Blanch, 2013, págs. y ss.

fraude fiscal debe ser considerado como generador de bienes corruptos<sup>244</sup> de los que posteriormente puede derivar un delito de blanqueo de dinero o financiación del terrorismo.

Dice la normativa:

“Artículo 3: A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

4) «actividad delictiva»: cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de los delitos graves siguientes:

f) todos los delitos, incluidos los delitos fiscales relacionados con los impuestos directos e indirectos definidos en la legislación nacional de los Estados miembros, que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de duración máxima superior a un año o, en los Estados miembros en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de duración mínima superior a seis meses;”

Para profundizar esta polémica, la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que ha transpuesto al Derecho español la Directiva 2005/60/CE, que dispone que *a los efectos de esta Ley* se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito *"con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública"* (artículo 1.2). Aunque la naturaleza de esta norma sea administrativa, y no sea el delito de blanqueo una norma

---

<sup>244</sup> Como explica FERRÉ OLIVÉ (en “Una nueva trilogía en el Derecho Penal Tributario: fraude, regularización y blanqueo de capitales.” - Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos, ISSN 1138-9540, N° 372, 2014, págs. 41-82): “el legislador no ha optado por circunscribir el blanqueo a un catálogo de delitos previos -como hizo durante la vigencia de la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, que rigió hasta 1995 limitando al ámbito del delito a bienes relacionados con el tráfico de drogas- sino que ha optado por una fórmula amplia. Simplemente tienen que existir bienes que tengan su origen en una actividad delictiva. Se habla entonces de *bienes corruptos*. Para encontrarnos ante esos bienes corruptos, debemos constatar una actividad delictiva previa que genere o produzca bienes (como sin duda ocurre con muchos delitos, esencialmente aquellos relativos al tráfico de drogas, corrupción y crimen organizado). La cuestión central de toda esta problemática reside en determinar, como analizaremos a continuación, si el delito fiscal genera o produce bienes.”

penal en blanco, el dispositivo viene sirviendo para justificar la inclusión del delito fiscal entre los delitos antecedentes del blanqueo de capitales<sup>245</sup>.

Paralelamente, en el campo de la *jurisprudencia* se han producido interpretaciones y ajustes que han definido una posición judicial sobre la materia, sin dejar de mantener viva la discusión. El 5 de diciembre de 2012 la *Sala Segunda del Tribunal Supremo* ha dictado la *Sentencia 974/2012*, asumiendo la teoría de que el delito fiscal es apto para configurarse como delito precedente del blanqueo<sup>246</sup>. Dicha sentencia, publicada en medio a una gran polémica<sup>247</sup>, está relacionada a un caso concreto en que se había condenado por un delito de blanqueo de capitales por operaciones de inversión y manejo de fondos provenientes de un delito fiscal<sup>248</sup>. El fallo se inclina por adoptar una tendencia hacia la ampliación del espectro punitivo del delito de blanqueo de capitales al incluir el delito tributario como antecedente. Tal tendencia, muy presente en otros países europeos y en Norteamérica, señala que si durante la investigación penal se puede identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota defraudada, podrá haber delito de blanqueo.

Sin embargo – como se comentará más adelante – aunque el pronunciamiento del Tribunal Supremo haya representado un inequívoco movimiento en el sentido de afirmar que la inclusión del delito tributario como antecedente es la tesis más ajustada al

---

<sup>245</sup> Sobre esta Ley, y por todos, los comentarios de ALIAGA MÉNDEZ, J.A. – Normativa Comentada de Prevención del Blanqueo de Capitales y el Prólogo de Javier Zaragoza. La Ley. 2010. pág. 7 y ss. También sobre la cuestión, SÁNCHEZ STEWART, N.-Las nuevas obligaciones para los operadores jurídicos en la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales de 28 de abril de 2010. En III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Coord. por MIGUEL ABEL SOUTO y NIELSON SÁNCHEZ STEWART, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 17 y ss.

<sup>246</sup> La Sentencia Nº: 974/2012 ha sido proferida en el ámbito del Recurso de Casación nº 2216/2011, el día 5 de diciembre de 2012 (Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre). Accesible en: <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6603543/Estafa/20130116>.

<sup>247</sup> Como ha reconocido el propio Magistrado Antonio del Moral en dicha sentencia “El vivo debate doctrinal del que se hace amplio eco la sentencia mayoritaria y en el que confluyen opiniones encontradas de académicos, prácticos y profesionales de diversos sectores, es manifestación elocuente de lo discutible que resulta cualquiera de las posibles soluciones. La divergencia en el seno de esta Sala Segunda en cierta medida es también lógico reflejo de ese debate.”

<sup>248</sup> La sentencia confirma la condena de un empresario y su esposa como autores de un delito de blanqueo de capitales por las operaciones de inversión y manejo de fondos provenientes del delito fiscal que fue objeto de condena en sentencia dictada el 21 de octubre de 1998 por un tribunal sueco, luego modificada por vía de recurso por sentencia de 19 de enero de 1999 que impuso la pena de cuatro años de prisión. Los hechos contemplados en la condena se referían a la omisión del pago de “impuestos empresariales” devengados por una empresa finlandesa durante el periodo comprendido entre 1996 y 1998. Por su vez, los hechos constitutivos de blanqueo se habrían desarrollado entre los meses de julio de 1996 y 2004 alcanzando el importe calculado de lo blanqueado la cifra de 765.744,25 euros.

Derecho Penal español, es cierto que en el mismo fallo existen ponderables y muy relevantes argumentos contrarios que merecen detallado análisis<sup>249</sup>.

El análisis crítico de tal sentencia es fundamental para la comprensión del actual estado de la cuestión acerca de las relaciones entre el blanqueo de capitales y delitos antecedentes, con especial referencia al fraude fiscal. Aparte de haber sido la primera sentencia dictada por la Alta Corte de España específicamente sobre esta cuestión<sup>250</sup>, en lo que se refiere al objeto de este trabajo de investigación, el fallo toca aspectos muy relevantes para la comprensión del significado y alcance del delito de blanqueo de capitales en la actualidad, especialmente en lo que se refiere al *impacto* que la normativa internacional ejerce sobre la aplicabilidad del tipo penal de lavado de dinero previsto en el artículo 301 y siguientes del Código Penal.

---

<sup>249</sup> Argumentos expuestos por el Magistrado Antonio del Moral García en su voto particular divergente.

<sup>250</sup> Analizando el contexto jurisprudencial acerca de las confluencias temáticas entre el blanqueo y el lavado de capitales, incluso frente a las hipótesis de *concurso de delitos o de leyes penales* (tema de obligatoria análisis en el contexto del caso) los Magistrados así han delimitado el fallo en sus aspectos jurídico-penales: “Previamente *es conveniente señalar que la jurisprudencia no se ha pronunciado sobre la posibilidad de considerar el delito fiscal como delito previo del blanqueo*. Si se ha abordado el problema de la compatibilidad entre ambos delitos por las ganancias blanqueadas no declaradas a la agencia tributaria. La STS. 152/2007 admite el concurso real de delitos entre el de blanqueo derivado del tráfico de drogas y de contra la Hacienda Pública por tratarse de acciones distintas que afectan a bienes jurídicos claramente diferenciados. Así, las SSTs de 7-12-96 - caso Nécora - y 21-12-99 - caso Roldán - han apreciado la concurrencia de ambos tipos de infracciones, en el primer caso con el blanqueo de dinero, y en el segundo caso con los delitos de malversación, cohecho y estafa, argumentando en síntesis que el principio de igualdad en materia tributaria prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el derecho que a quien lo respete, y que sostienen la no tributación con carácter general de los beneficios de ilícita procedencia equivaldría a crear un barrera que haría prácticamente imposible introducir la fiscalidad en las sucesivas inversiones, reinversiones y nuevos beneficios que aquellas pudieran generar. No habrá sin embargo concurso real de delitos y sí un concurso de normas del art. 8.4 CP, cuando concurren las siguientes circunstancias: a) que los ingresos que den lugar al delito fiscal procedan del blanqueo de modo directo e inmediato; b) que el blanqueo sea objeto de condena; y c) que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias objeto del blanqueo o la condena a devolverlas como responsabilidad civil. Si concurren estos requisitos el delito de blanqueo absorbe al delito fiscal y hay concurso de normas (SSTS. 20/2001 de 18.3, 769/2008 de 3.10). Esta sentencia parece estar en la línea de la reforma del art. 301.1 CP por LO. 5/2010 que después de decir “sabiendo que estos (bienes) tienen su origen en una actividad delictiva” (ya no “en un delito”, porque no es necesario que haya recaído o condena en el delito antecedente), añade “cometida por él o por cualquier tercera persona”, lo que indica que el delito de blanqueo se sanciona también -en concurso real- cuando el autor lo es a la vez del delito antecedente. Esta doctrina que se refiere al caso de bienes blanqueados -por proceder del tráfico de drogas u otro delito- que después no se declaran a Hacienda, se puede cuestionar si se considera aplicable al supuesto inverso, bienes que tienen su origen en un delito contra la Hacienda Pública que, después, se blanquean.” El Magistrado Antonio del Moral, por su vez, ha afirmado que “*nítida e inequívocamente, el tema no había aparecido hasta ahora en la agenda de este Tribunal de Casación*”. Sobre este aspecto es necesario señalar que el Tribunal Supremo en ocasión anterior ha subrayado la posibilidad de que el delito fiscal concurriera con otros que lo precedían incluso en el caso de delito fiscal posterior al enriquecimiento derivado de la malversación, cohecho o estafa, como consta en la STS 21 de diciembre de 1999 (del famoso “Caso Roldán”).

En lo fundamental, la decisión adoptada por el Tribunal Supremo surge en medio a una gran polémica que abarca dos posiciones muy distintas acerca del tema<sup>251</sup>. De un lado está el pronunciamiento mayoritario favorable a que el delito fiscal pueda ser antecedente de un delito de blanqueo de capitales. El argumento central de dicho entendimiento considera que el delito fiscal es un delito grave y como tal tiene perfecta cabida en el tipo del artículo 301 del CP. Aunque la cuota defraudada no ingresa en el patrimonio del autor como consecuencia del delito, ello no impide considerarla procedente de un delito fiscal en la medida de que ese ahorro de capital no se habría producido sin la comisión del delito<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> La argumentación del fallo considera esta polémica como un telón de fondo preexistente para la comprensión del caso. Así lo afirma: “Existe en la actualidad una polémica en el ámbito doctrinal trasladada al ámbito jurisdiccional; acerca de la posibilidad de que las cuotas defraudadas a la Hacienda Pública puedan ser objeto material de un posterior delito de blanqueo de capitales. Sintéticamente existen dos posturas enfrentadas en esta cuestión: 1) la que considera que el delito de defraudación fiscal puede ser antecedente del delito de blanqueo pues no se advierte ninguna razón por la que los delitos contra la Hacienda Pública tengan que tener un trato diferenciado de otros delitos en su relación con el blanqueo, partiendo de que los bienes procedentes de delito fiscal pueden considerarse procedente o de origen delictivo grave constituirán el objeto material del delito de blanqueo, siendo la relación entre delito fiscal y de blanqueo la normal entre delito previo y delito de blanqueo. 2) la posición que niega tal posibilidad afirmando que el delito fiscal no puede ser antecedente del delito de blanqueo, principalmente porque no origina fondos que son objeto del delito. El defraudador no obtiene nada del delito, sino que los bienes que integran la cuota ya se encuentran en su patrimonio. El delito fiscal no origina nada que no existiera antes en el haber del defraudador.”

<sup>252</sup> La sentencia incluye expresamente la cuota tributaria defraudada en el delito contra la Hacienda Pública como activo a los efectos de lo establecido en la Ley, aun reconociendo que en el caso concreto no era aplicable a la fecha de los hechos enjuiciados el artículo 1.2 de la Ley 10/2010 de Prevención del Blanqueo de Capitales y Prevención del terrorismo.

Basada en una argumentación político-criminal de derecho comparado se subraya que la mayoría de los países sancionan esta modalidad de blanqueo<sup>253</sup>, razón por la cual se considera que la realización de cualquiera de las conductas descritas en el artículo 301 del Código Penal sobre la cuota defraudada en un delito contra la Hacienda Pública es constitutiva de un delito de blanqueo de capitales, de acuerdo con tendencias internacionales.

Los argumentos esgrimidos por esta posición buscan sustentación en tres puntos centrales: 1) en caso de delito fiscal como antecedente del blanqueo, el objeto del blanqueo es la ganancia procedente del delito fiscal, esto es, la cuota defraudada; 2) la

---

<sup>253</sup> Por ejemplo, se ha citado el ejemplo de Francia, donde el artículo 324.1 no se pronuncia expresamente sobre la cuestión aquí analizada, pero admite como delito previo cualquier crimen o delito, se tiene noticia de que Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de aquél país, mediante sentencia de 20 de febrero de 2008 se ha pronunciado al respecto, admitiendo el autoblanqueo y que el delito fiscal sea delito previo del blanqueo de capitales. En Bélgica, de igual modo, el Tribunal Supremo (por medio de la sentencia de 22 de octubre de 2003) confirmó la opinión de que el impago de impuestos genera una ventaja patrimonial de carácter delictivo idónea para constituir objeto material del delito de blanqueo de capitales castigado en el artículo 505 del Código Penal. La situación de Alemania afirma que el blanqueo de capitales procedentes de un delito fiscal es castigado bajo situaciones especiales: “se excluye al autor del delito previo del círculo de posibles sujetos activos del delito de blanqueo, y en el apartado 3 del n° 1 del párrafo 261 StGB hace expresa referencia a la sanción del blanqueo de capitales procedentes de delitos fiscales, disponiendo que constituyen delito previo del blanqueo de capitales las infracciones previstas en los párrafos 373 (contrabando realizado de forma profesional) y, cuando el autor actúe de forma profesional, 374 (receptación fiscal de mercancías) del Código tributario, también en ambos casos en relación con el párrafo 12, apartado 1, de la Ley sobre la puesta en práctica de las organizaciones comunes de mercado. La norma penal alemana concreta más la cuestión, y advierte en el último párrafo del n° 1 del párrafo 261 StGB que, el primer párrafo se aplicará en los casos de defraudación fiscal cometidos profesionalmente o de forma organizada (en banda), según el párrafo 370 del Código tributario, respecto a los que penaliza el blanqueo, y admite que el delito fiscal es delito previo del blanqueo de capitales, gastos ahorrados por la defraudación fiscal y las compensaciones y devoluciones de impuestos obtenidas indebidamente, así como en los casos del segundo inciso del párrafo 3, también respecto de los bienes por los que se hayan defraudado impuestos. Por tanto, los bienes procedentes de un delito fiscal son idóneos para el blanqueo de capitales. El fundamento, de acuerdo con el legislador alemán, reside en la apreciación de que, normalmente las ganancias de las actividades criminales organizadas no tributan. De esta manera, el fraude fiscal aumenta el poder financiero de la delincuencia organizada y, por lo tanto, incrementa extraordinariamente su peligro. El legislador pretende así asegurarse de que resultan abarcados los bienes que, si bien no derivan ni proceden del propio delito fiscal, sin embargo se encuentran en una clara vinculación con el delito previo”. El caso de Italia no sería diferentes, pues en aquél país la doctrina se encuentra dividida, pero la Sección 6a de la Sala de lo Penal del Tribunal de casación, sentencia 4563/2009 de 26.11, se ha pronunciado en el sentido de que el delito de blanqueo previsto en el art. 648 bis CP no contiene un listado de los delitos, sino que todos los delitos dolosos constituyen infracción previa del blanqueo. Por ello, delito previo del blanqueo pueden serlo no solo delitos funcionalmente orientados a la creación de capitales ilícitos (como la corrupción, los delitos societarios o quiebras), sino también delitos que según la versión más rigurosa y tradicionalmente acogida del fenómeno, le eran extraños, como por ejemplo los delitos fiscales.”



postura del Derecho Comparado que sustenta esta tesis y 3) la conclusión de que la cuota tributaria puede ser objeto material del delito de blanqueo<sup>254</sup>.

En sentido opuesto ANTONIO DEL MORAL GARCÍA afirma que es difícil concebir un delito de defraudación tributaria al que no siga una actividad que encaje dentro de cualquiera de los verbos del artículo 301 del Código Penal, de modo que todo delito fiscal conllevaría una doble punición también por blanqueo. El voto discrepante considera que el Legislador no ha dado el paso para la represión penal del blanqueo del ahorro obtenido por el fraude, que expresa con un contundente "el precepto dice lo que dice; y castiga lo que castiga". Además, la deuda tributaria no es de ningún modo procedente del delito, siendo, en realidad, presupuesto del delito y no su consecuencia, la cuota tributaria nace antes del delito como obligación administrativa, de suerte que sólo los denominados delitos de enriquecimiento pueden producir bienes susceptibles de blanqueo.

Ambas posiciones, a favor y contra, han realizado una expresa referencia a aspectos de Derecho Comparado para explicar el contexto en que se encuentra la materia, mucho más amplio que una mera cuestión nacional, dando al problema su real dimensión. En este sentido es correcto compaginar esta problemática con lo que se debate en el escenario internacional acerca de la cuestión, como forma de comprender por qué la legislación española se encuentra expuesta a tendencias externas, muchas de ellas determinantes de su diseño político-criminal.

Resulta que en el ámbito de los *organismos internacionales* de control del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, ha dominado y domina una tendencia de constante expansión del contenido del injusto abarcable por el blanqueo. Lo que inicialmente preveía como foco principal el narcotráfico<sup>255</sup> poco a poco se fue expandiendo para abarcar la criminalidad organizada, la corrupción y la financiación del terrorismo<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup> Sobre la cuota tributaria véase BLANCO CORDERO en "La cuota tributaria defraudada como objeto material del delito de blanqueo de capitales" – en III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Coord. por MIGUEL ABEL SOUTO y NIELSON SÁNCHEZ STEWART, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 141 y ss.

<sup>255</sup> Las 40 Recomendaciones originales eran destinadas a la lucha contra el blanqueo de las ganancias del narcotráfico.

<sup>256</sup> Con respecto al tema central de este trabajo de investigación, se incluye la financiación del terrorismo en octubre 2001 un número de ocho - y después nueve - Recomendaciones Especiales en relación con el terrorismo.

Protagonista entre las instituciones internacionales que se dedican al seguimiento del blanqueo de dinero y financiación del terrorismo, el GAFI<sup>257</sup> (Grupo de Acción Financiera Internacional) ha basado su actuación en el sistema de “Recomendaciones” que representan medidas y buenas prácticas para combatir estos fenómenos. En la última edición de sus Recomendaciones, revisadas en el año 2012, el organismo ha establecido que entre las estrategias esenciales que los países deben implementar para adoptar medidas preventivas para la protección del sector financiero que garanticen la lucha de determinados delitos especialmente graves. Allí se incluye la *lucha contra el fraude fiscal y el contrabando*<sup>258</sup>, aunque el propio organismo insista en el documento que esta tipificación deberá compaginarse de conformidad con las legislaciones internas de cada país<sup>259</sup>.

Tal inclusión (que es semejante a la que hace referencia el artículo tercero, apartado 4, letra “f” de la Directiva 2015/849 de 20 de mayo de 2015) no ha sido ajena a este intenso debate, pero finalmente ha prevalecido el entendimiento de que la incorporación del delito fiscal en este importante estándar internacional sería la mejor solución<sup>260</sup>. Comentando los debates sobre la inclusión del delito fiscal como un crimen

---

<sup>257</sup> El GAFI (o “FAFT”) El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es un organismo intergubernamental cuyo propósito es el desarrollo y la promoción de políticas, en los niveles nacional e internacional, para combatir el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo. Actualmente cuenta con 36 miembros plenos -34 jurisdicciones y dos organizaciones internacionales-, 8 miembros asociados -grupos regionales estilo GAFI-, y 25 miembros observadores, constituidos principalmente por organizaciones internacionales con incumbencias directas o indirectas en la materia. Se puede encontrar en la web del GAFI una lista de miembros y observadores: [http://www.fatf-gafi.org/Members\\_en.htm](http://www.fatf-gafi.org/Members_en.htm).

<sup>258</sup> En el Glosario se define como “Categorías establecidas de delitos” a los siguientes: 1. Participación en un grupo delictivo organizado y estafa; 2. Terrorismo, incluyendo financiamiento del terrorismo; 3. Tráfico de seres humanos y tráfico ilícito de migrantes; 4. Explotación sexual, incluyendo la explotación sexual de menores; 5. Tráfico ilícito de estupefacientes sustancias psicotrópicas; 6. Tráfico ilegal de armas; 7. Tráfico ilícito de mercancías robadas y otros bienes; 8. Corrupción y soborno; 9. Fraude; 10. Falsificación de dinero; 11. Falsificación y piratería de productos; 12. Delitos ambientales; 13. Homicidio, lesiones corporales graves; 14. Secuestro, privación ilegítima de la libertad y toma de rehenes; 15. Robo o hurto; 16. *Contrabando (incluyendo los impuestos y cargos aduaneros)*; 17. *Delitos fiscales (relacionado a impuestos directos e impuestos indirectos)*; 18. Extorsión; falsificación; 19. Piratería y uso indebido de información confidencial o privilegiada y manipulación del mercado.

<sup>259</sup> Cfr.: “Al tomar una decisión sobre la gama de delitos a cubrir como delitos determinantes dentro de cada una de las categorías listadas con anterioridad, cada país puede decidir, de conformidad con sus leyes interna, como definirá esos delitos y la naturaleza de los elementos en particular de esos delitos que los convierte en delitos graves”.

<sup>260</sup> Tal inclusión en la revisión realizada por el GAFI de las 40 Recomendaciones del año 2012, tiene su antecedente en la reunión plenaria que realizó la Institución en octubre del 2009 en París, allí se había fijado una lista de temas a tener en cuenta para la futura revisión de las 40 Recomendaciones. El trabajo se extendió en dos fases, la primera hasta noviembre del año 2010 y la segunda hasta junio 2011 y al finalizar cada una de ellas se elaboró un documento que fue sometido a consulta pública. Dentro de los temas a considerar para incluir en la revisión de los Estándares, estaba el delito tributario como delito previo del lavado de activos, y conforme ocurre en las reuniones ordinarias del organismo se realizó una ronda de debates donde opiniones a favor y en contra la inclusión del fraude fiscal han aflorado.

antecedente del blanqueo de capitales BLANCO CORDERO<sup>261</sup> señala que durante las discusiones han aflorado argumentos en contra y a favor que permiten concluir que no existe unanimidad de criterios.

En resumen, los debates llevados a cabo en el ámbito del GAFI han constituido una de las más recientes y amplias discusiones a nivel internacional sobre esta cuestión, y confirman que el fraude fiscal está íntimamente relacionado con el blanqueo de capitales. El resultado de tal debate indica que el delito fiscal grave debe ser considerado como delito previo al de blanqueo de capitales. De ahí que sea natural esta postura compartida por *órganos técnicos y agremiaciones profesionales* como la de contadores y analistas financieros<sup>262</sup> (postura que ha reforzado el punto de vista de incluir el fraude fiscal en el ámbito del blanqueo). También en el ámbito de la *Fiscalía* y de la *Agencia Tributaria* española la tendencia también es la de considerar el delito fiscal como precedente del blanqueo<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I., El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 378.

<sup>262</sup> Por ejemplo, En las conclusiones de la XXX Conferencia Interamericana de Contabilidad (realizada por la Asociación Interamericana de Contabilidad los días 1, 2 y 3 de diciembre de 2013 en Punta del Este, Uruguay) ha tenido como título justamente el debate sobre las “*Relaciones entre el fraude fiscal y el lavado de capitales.*” Al final de las jornadas, el organismo se ha pronunciado a favor de la inclusión del delito fiscal como precedente del blanqueo de capitales, bajo los siguientes argumentos que se transcriben por su pertinencia: “Las acciones iniciadas por el GAFI/FATF incorporando en sus Estándares Internacionales el delito fiscal como precedente del de lavado de activos, ha dado lugar a la apertura del debate, existiendo actores que sostiene ambas posiciones, es decir aquella que entiende que es delito precedente y aquella que sostiene lo contrario. Se ha analizado el tema, teniendo en cuenta aquellas posiciones favorables y las desfavorables y relacionándolas a partir del estudio del delito tributario y su vinculación, en términos penales, con el delito de lavado de dinero. Si bien entendemos las razones que vierten aquellos que sostienen que el delito fiscal no puede ser precedente del de lavado de activos, pues el fraude fiscal es siempre la ocultación de una deuda y no el ingreso al patrimonio de bienes; coincidimos con aquella postura que entiende, que el tipo penal del lavado de dinero exige, que los activos blanqueados provengan de la comisión de un delito y que el delito de evasión impositiva que es un delito previo, no tiene por qué distinguirse de cualquier de cualquier otro delito tal como narcotráfico, secuestro, trata de personas, etc. El monto que evade una persona que proviene de ingresos legales, pero no lo declara al fisco en forma dolosa, constituye un delito fiscal, en función de ello, el monto evadido no es el producto de una actividad legal pues el fraude fiscal es un delito. Si posteriormente el monto evadido se somete a un proceso de lavado, la conclusión es que perfeccionó el delito de lavado de dinero proveniente de un delito fiscal Asimismo, el delito de lavado de activos es un delito económico y la diferenciación que se ha hecho entre “dinero negro” y dinero sucio” no es más que una manera de distinguir entre el dinero que se mantuvo en el patrimonio como producto de un ilícito tributario y aquel que proviene de cualquier otra actividad criminal. El dinero negro no tributado es tan sucio como el que provienen de cualquier actividad ilícita. De todas formas, el dinero debería haber ingresado al Fisco y estar en patrimonio de Estado y no en el patrimonio del defraudador. Creemos que el movimiento comenzado de criminalizar el delito fiscal como precedente del de lavado de dinero es un proceso imparable, por ende cuanto más rápido podamos perfeccionar el esquema jurídico para sancionar al lavador y no a quien no paga impuestos mucho mejor.”

<sup>263</sup> Así lo menciona BLANCO CORDERO (El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 370) citando a ALVAREZ FEIJÓO, MANUEL, en Delito fiscal y blanqueo de capitales, Legal Today de 18 de mayo de 2009, disponible en [http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/blanqueo\\_capitales/delitofiscal-y-blanqueo-de-capitales](http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/blanqueo_capitales/delitofiscal-y-blanqueo-de-capitales).

Por otro lado, el gran poder político que el GAFI ha logrado conquistar en los últimos años, apoyado abiertamente por las naciones más ricas del mundo<sup>264</sup>, y la enorme presión internacional por parte de los países afectados por la reciente *crisis económica mundial*, fueron también factores coadyuvantes que han determinado una ampliación del número de Estados que pasaron a admitir el delito fiscal como antecedente del blanqueo.

Por consiguiente, es natural que la postura legislativa adoptada por los países acerca del tema haya sido un argumento importante tomado en consideración por los Magistrados del Tribunal Supremo en la referida Sentencia 974/12 para la defensa del punto de vista a favor de la posibilidad de considerar el delito de fraude fiscal como antecedente del blanqueo.

Sin embargo, la descripción del *escenario legislativo* que impera en los países, especialmente en el entorno de España, no parece haber tenido en cuenta determinados aspectos que a nuestro juicio son muy importantes y representan hoy por hoy una pieza clave en el problema. En otras palabras, como se verá a continuación, aunque sea cierto que el *resultado final* de la postura político-criminal de los Estados se incline por la *inclusión del delito de fraude fiscal como delito antecedente*, no es menos cierto que estos países tienen *particularidades* en sus propias legislaciones que no les permiten hacer tabula rasa acerca de tal entendimiento, y por lo tanto nada autoriza a afirmar de forma taxativa que esta es una solución libre de matizaciones.

Resulta que, si por un lado, los Estados que optan por la inclusión del tipo de fraude fiscal en la condición de precedente lógico del blanqueo admiten tal posibilidad, por otro lado, lo hacen bajo dos ejes: *excepcionalidad* y *taxatividad*.

La inclusión del fraude fiscal es *excepcional* y no la regla general en tales países justamente porque el legislador no la prevé, en general, de forma abstracta y como regla que expanda la tipicidad del delito de blanqueo a todas las situaciones en las que el contribuyente deja de pagar sus impuestos y se queda con un dinero (“capital” o “cuota”, como sea...) que jurídicamente no le pertenece pero que debía ser depositado en las arcas públicas. Innumerables situaciones, que van desde el simple impago de impuestos de manera puntual dentro los plazos legalmente establecidos, hasta casos de

---

<sup>264</sup> Hay que considerar que el GAFI fue concebido y está bajo los auspicios del “G7”.

regularización tributaria<sup>265</sup> pueden incidir sobre la situación jurídica del deudor tributario, incluso excluyendo la antijuridicidad penal de su conducta en determinados casos.

Este primer eje interpretativo es tomado en consideración en todos los países que adoptan una postura favorable a la inclusión del delito fiscal como precedente del blanqueo de capitales. No sirve, por lo tanto, el puro y simple argumento de que esta es una opción libre de matizaciones, absoluta, capaz de servir de argumento por si solo en el momento de decidir, en suelo Español, que ésta es la mejor opción.

El segundo aspecto, está relacionado con la necesidad de la *incorporación expresa* del mandato de criminalización reservado a determinadas situaciones concretas, bien definidas en la ley penal de los referidos “países-paradigma”. En otras palabras, prácticamente en todas las ocasiones en que el legislador ha optado por permitir que el fraude tributario pueda ser considerado un delito antecedente lo hace de manera *puntual*, expresa y quirúrgica, nunca de manera genérica válida para todos los casos de defraudación fiscal.

Sobre este aspecto ANTONIO DEL MORAL ha fundamentado su voto particular divergente al subrayar que: “Los argumentos de derecho comparado han de ser acogidos con muchas cautelas pues obedecen muchas veces a la diferente tipificación. En Alemania se reconoce expresamente el fraude tributario como posible infracción subyacente al delito de blanqueo. Está expresamente citado en el parágrafo 261 StGB remitiéndose a los arts. 373 (contrabando profesional con violencia y en cuadrilla) y 374.2 (receptación tributaria de productos o mercancías de las que se hayan defraudado impuestos sobre el consumo o derechos aduaneros) de la Ordenanza tributaria, y al parágrafo 12.1 de la Ley sobre aplicación de las organizaciones comunes de mercado y pagos directos. Pero el propio parágrafo. 261 se ve obligado a referirse en tales casos a los gastos ahorrados a través de la defraudación tributaria (*die durch die Steuerhinterziehung ersparten Aufwendungen*), las compensaciones o devoluciones tributarias ilegítimas y, en su caso, a los bienes en relación a los cuales se hayan defraudado los impuestos. Y se excluye el autoblanqueo. En Francia el blanqueo (*blanchiment d’argent*) se describe en el art. 324-1. Aunque se habla de bienes o

---

<sup>265</sup> Como, por ejemplo, la introducida por el RDL 12/2012 y complementada por la LO 7/2012, de 27 diciembre, que modificó la regulación de los delitos contra la Hacienda Pública.

ingresos del autor de un crimen o delito, la noción queda legalmente ampliada al mencionarse el segundo párrafo el producto directo o indirecto de un crimen o delito, en sintonía con la normativa internacional detalladamente expuesta en la sentencia mayoritaria. En la legislación especial aparece tipificado el blanqueo aduanero. Si la sentencia de la Corte de Casación de 12 de diciembre de 2010 condenó por un delito de blanqueo basado en una infracción tributaria lo hizo fundándose precisamente en esa previsión específica (blanqueo aduanero: arts. 415 y 426.3 del Código Aduanero Francés). En cada derecho nacional la tipicidad tiene unos perfiles singulares que no permite exportar soluciones sin antes comparar legislaciones, por mucho que todas ellas tengan claros reflejos y reminiscencias de la profusa normativa internacional convencional y supraestatal.”

Además, como indica su voto, no se puede dejar de considerar la literalidad de lo que dice el actual Código Penal cuando trata del delito de blanqueo de capitales, pues el argumento nuclear de ese entendimiento se funda en la interpretación literal y gramatical del art. 301 del Código Penal, de valor singular por venir ligada al *principio de taxatividad*. Las conclusiones de la interpretación gramatical del precepto son tan claras, que ni el elemento teleológico, ni argumentos de derecho comparado, ni la integración con normas extrapenales, ni la consulta de instrumentos internacionales, pueden dar al traste con ella: el precepto dice lo que dice; y castiga lo que castiga. La elusión del pago de tributos no genera un incremento patrimonial. Permite un ahorro, pero no aporta nada al patrimonio, en este sentido argumenta el Magistrado “no pueden blanquearse efectos o bienes procedentes de un delito que no los genera. Este argumento puede luego venir apuntalado por otros (sistemático, histórico, de consideración del bien jurídico, de mayor armonía con el *non bis in idem* ...), pero en última instancia es el que me parece decisivo e insorteable, por muchas filigranas y equivalencias que se intenten y que nunca acaban de escapar al "aunque no es lo mismo, es *como si* fuera lo mismo".

Ante tales argumentos a favor del respeto a principios muy caros al Derecho Penal, principalmente en el campo de la incidencia de los tipos penales y taxatividad de la norma incriminadora, es difícil considerar correcto el argumento de que, en la actualidad, por lo que dice la fría letra de la ley, se considere al fraude fiscal como un posible delito antecedente del blanqueo.

Sin embargo, el resultado final de la referida Sentencia considera que el delito de defraudación fiscal puede ser antecedente de los delitos previstos en el artículo 301, pues según el mencionado fallo no se advierte ninguna razón por la que los delitos contra la Hacienda Pública tengan que tener un trato diferenciado de otros delitos en su relación con el blanqueo, partiendo de que los bienes procedentes de delito fiscal pueden considerarse procedentes o de origen delictivo grave y constituirán el objeto material del delito blanqueo de dinero, siendo la relación entre delito fiscal y de blanqueo lo normal entre delito previo y delito de legitimación de capitales.

En este campo, otro problema al que hace frente la fundamentación de la Sentencia 974/2012 es que se utiliza una ingeniosa interpretación del concepto de "bienes" para concluir que el objeto del blanqueo son las "ganancias" obtenidas de esa previa actividad delictiva que constituyen el "producto" del delito antecedente y que en su naturaleza pueden ser "activos de cualquier naturaleza"<sup>266</sup>.

Para alcanzar tal conclusión se afirma que es posible establecer una distinción entre los bienes referidos en el artículo 301 del Código Penal ("bienes cuyo origen es un

---

<sup>266</sup> En su trigésimo séptimo fundamento, se esclarece tal concepto de la siguiente manera: "La definición de bienes y productos en ambos textos está contenida en el artículo 1: "A los efectos del presente Convenio: a) Por «producto» se entenderá todo provecho económico derivado de un delito. Podrá tratarse de bienes según la definición del párrafo b) del presente artículo, b) Por «bienes» se entenderán los bienes de cualquier naturaleza, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, y los documentos o instrumentos legales que demuestran algún título o participación en esos bienes," De la misma forma la Convención de Viena de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas dice en su artículo 1: "P) por "producto" se entiende los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito típico de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Q) por "bienes" se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos". Igualmente el artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (Convención de Palermo) dice: "d) Por "bienes" se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos e) Por "producto del delito" se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito" Pues bien, en la legislación nacional el artículo 301 habla de "bienes cuyo origen es un delito", luego de acuerdo con la literalidad del Código Penal puede suscitarse la controversia sobre si el bien objeto del delito antecedente y el bien objeto del blanqueo pueden ser idénticos. Este aparente problema se reconduce, a entender que los bienes objeto del blanqueo son los "ganancias" obtenidas de esa previa actividad delictiva que constituyen el "producto" del delito antecedente y que en su naturaleza pueden ser "activos de cualquier naturaleza". De esta forma en el tráfico de drogas se blanquean los beneficios de esa ilícita actividad, en los delitos patrimoniales se blanquean las "ganancias" obtenidas y en el caso de los delitos fiscales, se blanquea la cuota defraudada."

delito") y los bienes relativos a los delitos antecedentes<sup>267</sup>. No obstante, tal raciocinio amplía el contenido de la norma, extendiéndolo para incluir una fuente de riqueza, que en ocasiones es simplemente el fruto del trabajo del contribuyente, en la categoría de bienes susceptibles de pasar por las transformaciones que el proceso de blanqueo de capitales realiza para convertir lo que es ilícito en lícito. El fallo argumenta que en el tráfico de drogas se blanquean los beneficios de esa ilícita actividad, en los delitos patrimoniales se blanquean las "ganancias" obtenidas y en el caso de los delitos fiscales, se blanquea la cuota defraudada.

Sin embargo, salvadas las enormes distancias entre el narcotráfico y el fraude fiscal, hay que tener en cuenta en todo caso que en el delito de blanqueo de capitales las actividades que se realizan durante las tres *fases* clásicas que la doctrina identifica en su

---

<sup>267</sup> Así lo expresa la sentencia: "en la legislación nacional el artículo 301 habla de "bienes cuyo origen es un delito", luego de acuerdo con la literalidad del Código Penal puede suscitarse la controversia sobre si el bien objeto del delito antecedente y el bien objeto del blanqueo pueden ser idénticos. Este aparente problema se reconduce, a entender que los bienes objeto del blanqueo son los "ganancias" obtenidas e esa previa actividad delictiva que constituyen el "producto" del delito antecedente y que en su naturaleza pueden ser "activos de cualquier naturaleza". De esta forma en el tráfico de drogas se blanquean los beneficios de esa ilícita actividad, en los delitos patrimoniales se blanquean las "ganancias" obtenidas y en el caso de los delitos fiscales, se blanquea la cuota defraudada."



tradicional *proceso delictivo*<sup>268</sup> están destinadas a la *conversión* de activos *ilícitos* en *lícitos*, a dar a algo que es *ilícito* una *apariencia de licitud* o legalidad real, pero siempre en un *proceso* que conduce a la *incorporación* de lo que es ilegal al tráfico económico legal<sup>269</sup>. En el caso del delito fiscal, la deuda tributaria forma parte de un todo *lícito*, es

---

<sup>268</sup> El GAFI ha estudiado el fenómeno del blanqueo de capitales en base a la existencia de tres etapas sucesivas claramente diferenciadas. Esta propuesta no debe tener asumirse de forma absoluta y categórica pues en la práctica existen operaciones de blanqueo que no encajarían estrictamente en ninguna de fases o bien muchas de las operaciones pueden entrar en cualquiera de estas fases, con lo cual la utilidad es limitada y casi meramente a efectos de estudio y con ánimo de simplificar una casuística muy compleja. Según GAFI el blanqueo de capitales obedece a una serie de fases en las cuales se realiza una tipología típica o idónea conforme al objetivo de legalizar, dar apariencia o simular un capital proveniente de un delito. La primera de estas fases sería la de introducción, inserción o colocación del efectivo en el sistema financiero: en esta fase el producto del delito, grandes cantidades de dinero en efectivo, debe hacerse desaparecer y desligarlo del delito. En esta fase cuando se encuentra el mayor riesgo del blanqueador pues el dinero obtenido en grandes cantidades y en billetes de pequeña denominación lo hace incómodo para el tráfico comercial o para cualquier uso. La segunda fase, llamada de conversión, transformación, encubrimiento o estratificación, consistiría en la compra de bienes, activos financieros o de otro tipo, y transferencias de fondos con el objetivo de dificultar el rastro del dinero; se trata de realizar la serie de operaciones necesarias para lograr desconectar el dinero de su origen delictivo. La tercera y última fase, llamada de integración o inversión, se corresponde con el proceso final del ciclo del blanqueo. En esta fase se pretende el asentamiento de los capitales integrados en la economía oficial, esto se obtiene, por ejemplo, a través de la venta de los activos adquiridos en las fases anteriores, los cambios de dominio legal de los activos comprados con anterioridad, etc. En definitiva la posibilidad de disfrutar de un bien mueble o inmueble acreditando la legítima propiedad del mismo. (Sobre el tema JIMÉNEZ SANZ, C.: "El blanqueo de capitales", Tesis Doctoral. Depto. Economía; Director: Prof. Dr. D. José María Espinar Vicente, Departamento de Derecho Privado; Facultad de Derecho; Universidad Rey Juan Carlos; España. ISBN: ISBN-13: 978-84-692-3253-8. 2009). En el mismo sentido la *Sentencia 858/2013 del Tribunal Supremo*, de 19 de noviembre de 2013, analizando el problema del concurso de delitos y sus relaciones con la prohibición del *bis in idem* describe: "Es conocido que el delito incluye cuatro frases: ideación, ejecución, consumación y agotamiento, de manera que la realización de actos en cualesquiera de estas cuatro frases no permite una sanción independiente del delito en el que se enmarcan. De esta manera los actos que suponen agotamiento de un delito tienen su encaje penal en el mismo, y su consecuencia jurídica en el comiso, en la pena pecuniaria y en la responsabilidad civil. Los actos posteriores al hecho delictivo que tienen por objeto asegurar o realizar el beneficio obtenido de un concreto hecho delictivo antecedente que son actos penados en el tipo penal objeto del inicial reproche y no procede ser objeto de su punición en otra figura delictiva, en la medida en que están ya penados y absorbidos por el delito del que traen causa. El acto de transformación de las ganancias procedentes de un hecho delictivo que es objeto de sanción penal es un hecho que entra en la tipicidad del delito que lo genera. Esos hechos son también típicos del blanqueo pero consideración de ser los mismos hacen que queden absorbidos por el primer delito y constituye un hecho posterior copenado. En este sentido Sentencias 202/2007, de 20 de marzo, y 20/2001, de 28 de marzo de 2001 ." También la reciente *Sentencia 265/2015*, de 29 de abril de 2015, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, donde se afirma que "el Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado."

<sup>269</sup> En este sentido la *Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2010*, en la que se expresa con claridad que la finalidad de la tipificación delictiva debe estar presente en todo caso, al señalar que "No puede olvidarse que la razón de política criminal de estos tipos delictivos es evitar que los autores de delitos logren la incorporación al tráfico económico legal, de los bienes, dinero, ganancias y beneficios procedentes de sus actividades delictivas." Y concluye : "(...) para colmar el juicio de tipicidad no bastará, por tanto, con la constatación del tipo objetivo. Será indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito"

decir, normalmente incide sobre un patrimonio legalmente constituido<sup>270</sup>. La cuota defraudada *no puede ser objeto del proceso de blanqueo* pues su naturaleza no lo permite. No es capital ilícito. Es deuda oculta o no pagada. Es más: aunque pase por toda la cadena de procesos de legitimación de capitales el valor debido a la Hacienda Pública permanece igual, inalterado y plenamente exigible y no susceptible de comiso<sup>271</sup>. Quizás por este motivo sea tan injusto pensar en castigar por blanqueo al sujeto que simplemente disfruta de los valores defraudados al fisco, originados en deudas tributarias que debería haber pagado y que tienen al fin y al cabo otro destino<sup>272</sup>.

Sobre este enfoque, FERRÉ OLIVÉ, compartiendo la postura de parte de la doctrina penal en el sentido de que el delito fiscal no puede considerarse como un ilícito precedente del delito de blanqueo de dinero, es decir, la cuota tributaria no tiene su origen en una actividad delictiva previa<sup>273</sup> afirma: “considero evidente que la cuota defraudada no es una ganancia sino un ahorro y por lo tanto no responde a la literalidad de *bien que tiene su origen* en una actividad delictiva. Los conocidos como *bienes contaminados* deben ser el producto de una actividad delictiva, lo que no se da en este caso porque los bienes objeto de un fraude fiscal *preceden* a la actividad delictiva”.

Tal planteamiento conduce inevitablemente al problema de la prohibición del *bis in idem*, una de las cuestiones más importantes en toda la discusión acerca de la posibilidad de una simultánea incidencia de blanqueo de capitales acumulado con el fraude fiscal practicados por el mismo agente. Esa polémica se ha intensificado con las modificaciones introducidas por la LO 5/2010, de 22 de junio, que ha alterado el

---

<sup>270</sup> Salvo en los casos en que se defrauda para obtener ante al fisco ventajas que no sean debidas, como obtención indebida de devoluciones (art. 305 CP), fraude de subvenciones (art. 308 CP) situaciones que se aproximan de una estafa (STS 1501/2003, de 19 de diciembre), o compensaciones tributarias sin fundamento.

<sup>271</sup> Como ocurre en Alemania y en Brasil.

<sup>272</sup> Sobre el *autoblanqueo* y la prohibición del “*bis in idem*” hablaremos enseguida. A respecto de tales circunstancias, con mucha sagacidad afirma el Magistrado Antonio del Moral en el Voto particular: “Pese a los inteligentes esfuerzos dialécticos que se han realizado para soslayar esa cuestión, al final siempre se encuentra algo artificioso y desconcertante en esa individualización de la *cuota defraudada* dentro del patrimonio del deudor tributario. Tan caprichoso es sostener que viene constituida por el dinero gastado en los meses posteriores al delito; como admitir una estrategia defensiva consistente en invitar a considerar que el dinero que estaba destinado a hacer frente a esa cuota es el que se gastó previamente el sujeto obligado en unas lujosas vacaciones una vez que ya había decidido omitir el abono de parte de su deuda tributaria en ese ejercicio y antes de que venciese el periodo de pago voluntario. Pensar que es todo el patrimonio del deudor el que queda contaminado no es de ninguna forma admisible.”

<sup>273</sup> FERRÉ OLIVÉ (“Una nueva trilogía...”, op.cit.) menciona, en este sentido, la opinión de GÓMEZ BENITEZ para quien “el fraude fiscal en sí mismo no genera los bienes, no es el origen de los bienes sino que, simplemente, oculta a la Hacienda Pública los bienes obtenidos lícitamente” (en “Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal”, en Cuadernos de Política Criminal 91, 2007, p. 15).

artículo 301 del Código Penal para admitir la posibilidad de castigar por blanqueo a los que han cometido el delito previo, abriendo paso a que el defraudador fiscal pueda ser imputado tanto por el delito fiscal como por blanqueo de capitales de forma simultánea, incluso por la mera posesión de los bienes procedentes de una actividad que ha sido considerada delictiva. De tal suerte, el problema se agrava cuando se permite el *autoblanqueo* por parte del responsable por el delito de defraudación tributaria (cuando el propio defraudador busca eludir su responsabilidad ocultando o disimulando los bienes que provienen del fraude precedente). Esta hipótesis puede constituir, según la opinión de importantes sectores de la doctrina y jurisprudencia, una conculcación a la prohibición del *bis in ídem*<sup>274</sup>.

En este sentido, la alarma de la doctrina no es baladí considerando el status *constitucional* atribuido a la prohibición del *bis in ídem*, bastante consolidado en España desde hace muchas décadas<sup>275</sup>.

Atenta a tal polémica, la Sentencia 974/2012 se adelanta argumentando que “es rechazable el argumento de que el blanqueo dimanante de un delito fiscal vulnera el principio *ne bis in ídem*, por cuanto, por un lado, la cuota defraudada es el resultado de la liquidación tributaria de un fraude al Erario Público, en tanto que el objeto del ulterior blanqueo es la ganancia obtenida de ese fraude, es decir la cuota tributaria.”

---

<sup>274</sup> Sobre el *autoblanqueo* en el contexto del delito fiscal: DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M.- El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales. III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Coord. por MIGUEL ABEL SOUTO y NIELSON SÁNCHEZ STEWART, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 281 y 395.

<sup>275</sup> Tal principio, que no se encuentra recogido de manera expresa en la Constitución, ha sido interpretado por Tribunal Constitucional de España como derivado del artículo 25 de la Constitución española. Ha sido tratado en el Fundamento Jurídico nº 4º de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 2/1981, de 30 de enero, de la siguiente forma: “El principio general del derecho conocido por «*non bis in ídem*» supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones - administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del «*ius puniendi*» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración. Como veremos más tarde no hubo en el caso examinado infracción del principio de referencia y ello nos posibilita entrar en su consideración a la luz de la Constitución. No obstante, podemos señalar que, si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53 número 2 de la Constitución y 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9.º del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución. Por otro lado es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia.”

Al comparar los delitos de fraude fiscal y blanqueo de capitales, la sentencia destaca que los comportamientos, de uno y otro delito, son diversos, y que diferentes son los bienes jurídicos protegidos involucrados. De un lado, el fallo se decanta por encarar el blanqueo como un *delito pluriofensivo*<sup>276</sup>, sin dejar de subrayar su característica de afectar el orden socioeconómico<sup>277</sup> y los intereses afectados en el ámbito de la seguridad interior del Estado<sup>278</sup> y el Estado Democrático<sup>279</sup>.

Aspectos de política-criminal sirven para justificar una segunda carga represiva frente a comportamientos que, de diferentes maneras, afectan a los intereses de la sociedad Democrática una vez que la situación trata de conductas que adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y de bienes jurídicos de distinta

---

<sup>276</sup> Literalmente afirma que “realmente, nos encontramos ante un delito *pluriofensivo* que afecta al orden socioeconómico y a la Administración de Justicia, cuya punición está justificada por la lesividad inherente a las conductas tipificadas, así como por razones de política criminal radicadas en la lucha contra la criminalidad organizada”.

<sup>277</sup> Así lo define: “En el delito de blanqueo la doctrina mayoritaria sostiene que se afecta al orden económico, esto es “la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes” o bien “la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía”. El sistema de economía de mercado está garantizado por los poderes públicos (art. 38 CE). La base de esta concepción económica se encuentra en la libre y leal competencia, por lo que el sistema económico regular se ve afectado por la afluencia de recursos económicos que se generan al margen del propio sistema, con efectos sobre la financiación de las empresas, competencia desleal y consolidación de organizaciones que contaminan el orden económico y merman la credibilidad del mercado.”

<sup>278</sup> En este sentido la misma sentencia destaca que “algún autor apunta que el bien jurídico protegido es la seguridad interior del Estado, pero entendido como preservación del orden público, sino antes bien como interés en la erradicación de ciertas formas de delincuencia, la delincuencia organizada. En particular, cuyos objetivos consisten en la obtención de cuantiosos beneficios que es necesario legitimar o reciclar como requisito indispensable para su disfrute. De manera que en la medida que se penalizan las conductas de blanqueo, se estaría combatiendo dicha clase de delincuencia en uno de sus componentes nucleares.”

<sup>279</sup> Sobre este enfoque en la doctrina, y específicamente en el campo del delito fiscal y sus relaciones con el bien jurídico, ARIAS MERLANO, J.C. – El sistema democrático y la seguridad interior como bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de dinero. En III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Coord. por MIGUEL ABEL SOUTO y NIELSON SÁNCHEZ STEWART, Tirant lo Blanch, 341, págs. y ss.

naturaleza afectados, por lo que la norma del delito penal no abarca la total antijuridicidad del hecho<sup>280</sup>.

Esa argumentación es muy difícil de criticar pues está basada en el sentimiento común de inseguridad<sup>281</sup> que habita en la sociedad moderna que tiende a justificar una expansión del ámbito de aplicación de la norma penal a ambos supuestos (fraude tributario/blanqueo). Frente a tal sentimiento, de innegable poder emocional, la cuestión parece estar libre de discusión. Sin embargo, cuando nos encontramos con el “autoblanqueo” el tema se enfrenta a *principios* que impiden, a nuestro entender, admitir la doble incriminación en determinadas circunstancias.

Por un lado, argumentos basados en los principios de taxatividad y legalidad se yerguen para frenar el deseo incontenido de la sociedad (abrazado por parte de la jurisprudencia) en el sentido de ampliar la respuesta penal a sus últimas consecuencias. De su parte, el legislador, atento a tales peticiones, no ha tardado en atender a semejantes esperanzas, introduciendo en la redacción del artículo 301 del Código Penal el autoblanqueo.

A pesar de tal respaldo jurisprudencial y legislativo pienso que la *interpretación* que se deba dar al contenido del artículo 301 en el terreno del autoblanqueo debe ser la más *restrictiva* posible, reservada a casos de *ultima ratio*, y enfocada exclusivamente en los supuestos en que – siendo los bienes esencialmente ilícitos – se dé comienzo y se concluya alguna de las tres fases clásicas del *proceso* de blanqueo de capitales.

---

<sup>280</sup> Al referirse a este aspecto la mayoría de la Sala afirma que “en el delito fiscal en relación al bien jurídico la jurisprudencia habla de la íntima relación que guarda con la función que los tributos cumplen en un Estado Democrático de Derecho, subrayando que el incumplimiento de las prestaciones patrimoniales de carácter público está presente en el tipo del injusto de este delito. De entre las diversas hipótesis que han marcado el bien jurídico protegido -fe pública, el deber de lealtad, la función del tributo en el Estado de Derecho- es la Hacienda Pública el que prevalece, pero no desde una perspectiva exclusivamente patrimonial sino del interés del Estado y de la propia Hacienda Pública de que la carga tributaria se realice de la forma fijada en la Ley, se protege, en consecuencia, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público. La STS. 643/2005 de 19.5, tras valorar que algunos sectores doctrinales desvían la esencia de la lesión hacia un delito semejante a los patrimoniales cuyo sujeto pasivo es la Hacienda Pública, y aceptar que al final el perjuicio es económico, mantiene en línea de las concepciones más funcionales que la justificación de semejante delito y pena, radica en la *inadmisibles vulneración de los principios de solidaridad tributaria inexcusables en una sociedad democrática, lo que conduce a un bien jurídico protegido basado en los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y los cargos públicos, por lo que cualquier fraude tributario supone un grave atentado contra ellos.*”.

<sup>281</sup> Expresado por SILVA SÁNCHEZ en su libro *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, 1999.

En este sentido se ha manifestado FERRÉ OLIVÉ al afirmar que “por ese motivo debe imponerse una interpretación restrictiva del tipo de blanqueo de dinero, requiriéndose en el autor un elemento subjetivo del injusto: la *finalidad* de "ocultar o encubrir" el origen ilícito de los bienes, o "ayudar" a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos. De esta forma se evitará la sanción penal de infinitas conductas adecuadas socialmente y que no debían resultar abarcadas por el tipo penal.”<sup>282</sup>

En el campo del autoblanqueo el mismo autor defiende que “es necesario limitar considerablemente la aplicación del delito de autoblanqueo cuando los bienes procedan de un delito fiscal. Esta limitación puede fundamentarse en que los bienes no se originan o proceden de un delito fiscal, como he mencionado precedentemente. Pero en todo caso, existen más limitaciones. Así, habrá que constatar la presencia de los *elementos subjetivos* específicos distintos del dolo que deben guiar la aplicación de este tipo: la *finalidad* de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o ayudar a la persona que ha participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos”, y considera ser necesario “limitar el autoblanqueo, permitiendo su sanción penal exclusivamente si el defraudador tributario pretende ocultar o encubrir el origen delictivo del dinero. Y la necesidad de establecer excepciones ya ha sido demandada desde la doctrina penalista, más aún cuando se ha tipificado como delictiva la mera posesión y utilización de los bienes procedentes de la actividad delictiva previa.”<sup>283</sup>

Semejante manera restrictiva de encarar la norma es la que parece que viene emergiendo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo de España. Dictada con posteridad a la aludida Sentencia 974/2012 (dictada en el contexto de la famosa “Operación Ballena Blanca” y referida al delito de defraudación fiscal) se tiene noticia de la sentencia *STS 858/2013 de 19 de noviembre de 2013* que viene a reforzar la tendencia de encarar de manera “restrictiva” la interpretación que se debe dar al delito de blanqueo de dinero cometido por el responsable del delito anterior.

---

<sup>282</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, “Una nueva trilogía...”, op.cit..

<sup>283</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, “Una nueva trilogía...”, op.cit..

Dicha sentencia, si bien relacionada con el delito antecedente de narcotráfico<sup>284</sup>, maneja un criterio que permite aclarar en qué circunstancias un condenado por un delito de tráfico de drogas, que invierte las ganancias procedentes de esta actividad ilícita, puede ser condenado además por el delito de autoblanqueo en calidad de autor.

Se trata de un caso de autoblanqueo que podría incluirse en lo que dispone el artículo 301 del Código Penal, reformulado por la Ley Orgánica 5/2010, de tal forma que se pregunta si cabe una condena por un delito de blanqueo de capitales al autor de un delito contra la salud pública que invierte o se aprovecha de cualquier manera de las ganancias procedentes del delito previo. En este contexto se discute la violación del principio *ne bis in idem*.

En síntesis, el Tribunal reconoce que, en principio, existe una cierta *independencia típica* entre los delitos de *blanqueo* y los delitos contra la salud pública,

---

<sup>284</sup> El caso, que proviene de Sevilla, versa sobre la condena de miembros de la policía local como autores de la sustracción en un depósito policial de Sevilla, de 22 y 54 kilogramos de heroína y cocaína respectivamente vendiéndola posteriormente, y por otro, y en concurso real con el delito anterior, por un delito de blanqueo de capitales, al declararse probado que realizaron distintas inversiones y adquisiciones de bienes con el producto del dinero procedente de la venta de la sustancia estupefaciente sustraída. Uno de los recurrentes alegó que no era posible su condena por delito de blanqueo de capitales, dado que los hechos declarados probados que habían sido subsumidos en él (las inversiones y adquisiciones realizadas con el dinero procedente de la venta de droga sustraída del depósito), integraban parte del agotamiento del delito precedente, o sea el de tráfico de drogas, y por tanto ya habían sido castigados lo que motivó que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estimara el recurso interpuesto, y revoca la condena impuesta, absolviendo al recurrente del delito de blanqueo.

siendo el blanqueo de dinero un delito autónomo que describe conductas muy concretas y diferentes de los comportamientos relacionados con el delito antecedente<sup>285</sup>.

Sin embargo, la misma Sentencia entra en el análisis específico del autoblanqueo y de la cuestión de la prohibición del *bis in idem*, llegando a la conclusión de que una doble condena daría lugar a una doble imputación injusta porque en el caso del narcotráfico siempre existe una intención de aprovechamiento económico o lucro. Así, la doble punición no sería posible, pues el citado aprovechamiento forma parte de la estructura del delito antecedente y ya ha sido penado con éste<sup>286</sup>.

No es necesario ir demasiado lejos para pensar que, si es así la interpretación frente al narcotráfico, cuyos bienes producidos son esencialmente ilícitos, cuanto más debe ser este el criterio rector – *restrictivo* – para los casos de *defraudación fiscal*, donde, incluso, puede ser objeto de discusión si los bienes relacionados o imbricados en este delito son esencialmente *ilícitos* como se ha expuesto antes<sup>287</sup>.

---

<sup>285</sup> Así consta en el fallo: “Esta doctrina ha encontrado apoyo en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 “El art. 301 del Código penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente” y es el que utiliza la sentencia de la instancia para, en el caso concreto, subsumir el hecho en el delito de blanqueo, como delito aparte del de tráfico de drogas cuya conducta es, en el hecho probado, la venta por dinero de la sustancia sustraída. En este sentido la STS 884/2012, de 8 de noviembre en la que se afirma “el delito de blanqueo de capitales es un delito autónomo que tipifica y describe unas conductas concretas distintas al integrar el delito antecedente del que tienen causa los bienes receptados ( STS 1501/2003, del 9 de diciembre ). En consecuencia, el blanqueo efectuado por el acusado, procedente de operaciones de tráfico de drogas anteriores no es obstáculo para la punición del delito de blanqueo. Se está ante dos delitos, unidos en concurso real y no ante una modalidad de absorción, de conformidad con el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 ( STS 260/2006, de 1 de diciembre ) pues si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontramos ante un evidente concurso real y no ante una modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinto carácter como suma de actividades delictivas de distintas y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. Por tanto, no existe duplicidad sancionadora y la decisión adoptada respecto a la participación e incriminación doble en los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero está ajustada a la más estricta legalidad” y concluye que “de conformidad con lo anteriormente expuesto el delito de tráfico de drogas absorbe los posteriores hechos de aprovechamiento de los efectos del delito cuando el patrimonio que se transforma es el que directamente procede del delito contra la salud pública, pues este tipo penal comprende, en su total dimensión, la conducta y la penalidad de manera que afecta a la totalidad del patrimonio, ilícitamente generado por el delito objeto de la sanción. Cuestión distinta es que el patrimonio formado procediera de actos típicos distintos a los que son enjuiciados en el caso concreto en cuyo caso cabría la punición separada pues los objetos son distintos en uno y otro delito”.

<sup>286</sup> Así: “En los casos en los que existe identidad entre las ganancias y beneficios resultantes de un delito de tráfico de drogas y la realización de actos de conversión y transmisión sobre esos mismos bienes, no cabe la doble punición, del mismo hecho, como agotamiento del delito originario y como blanqueo de dinero, pues el mismo patrimonio es objeto de una doble punición penal. Esa doble punición lesionaría el *non bis in idem* y, además, ya aparece contemplado y recogido en la penalidad del delito antecedente como pena de comiso y pago de la pena pecuniaria, por lo tanto, ya está penado.”

<sup>287</sup> Además, se puede afirmar que las mismas razones que alejan la posibilidad de punición del autoencubrimiento sirven para justificar la no incidencia de la norma antiblanqueo.



Dicha Sentencia también se ha inclinado a beber de la fuente del Derecho Comparado para analizar el autoblanqueo en el escenario legislativo internacional acabando por entender que es necesaria una *interpretación restrictiva* de esa figura delictiva. Argumenta que una interpretación inversa podría conducir a la violación de muy importantes principios de Derecho Penal como la constitucional prohibición del *bis in idem* y el principio de legalidad.

Es cierto que en determinados casos el patrimonio generado por el narcotráfico tiene origen en una actividad casi empresarial, compuesta por una infinidad de hechos, generando una trama de múltiples acciones ilícitas realizadas en distintos contextos de lugar y tiempo, frente a diferentes personas y con particularidades tan individualizadas que se torna imposible decidir si ciertos bienes están o no relacionados con determinada práctica de narcotráfico. Cuando ello ocurre, y el vínculo se rompe, es natural que se piense en el blanqueo de capitales como una actividad distinta y autónoma, ahora pensada para poner en marcha todo un proceso de legitimación patrimonial de un agente que busca ingresar en el normal circuito económico una cantidad de bienes que son producto del delito contra la salud pública. En este caso sería posible hablar de un concurso material de delitos sin reservas y perjuicio alguno, pues la desconexión entre patrimonio ilícito y el blanqueo consiguiente lo permite.

Sin embargo, en el caso de Sevilla que trata la Sentencia del Tribunal Supremo que aquí analizamos (STS 858/2013) los hechos indican que los autores han practicado el delito anterior y generado con ello una enorme cantidad de capital, de manera directa, imbricada y puntual, resultando un abultado incremento patrimonial derivado del delito subyacente<sup>288</sup>. Ante esta situación la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se decanta por entender que este patrimonio contaminado proviene de un delito concreto y determinado, y por lo tanto, permite su incautación y decomiso<sup>289</sup>. Los paralelismos con el delito fiscal son naturales pues el defraudador también puede a veces generar con su

---

<sup>288</sup> Afirma la Sentencia: “Desde que se iniciaron las sustracciones de drogas, finales de 2006 y septiembre de 2009 incrementaron su patrimonio a consecuencia de la venta de droga, relatándose las adquisiciones de bienes muebles e inmuebles realizadas. La inversión y las adquisiciones citadas fueron efectuadas con dinero procedente de la venta de la droga sustraída en la mencionada Jefatura.”

<sup>289</sup> Así lo dice el Tribunal: “La formación de este patrimonio ilícito que declara la sentencia tiene un doble encaje penal, en primer lugar, como efectos y ganancias del delito contra la salud pública, razón que es tenida en cuenta para dar contenido a la pena de comiso y para conformar la pena pecuniaria, proporcional al valor del objeto de tráfico; de otra parte, como delito de blanqueo del art. 301 CP que castiga a quien adquiere, convierte o transmite bienes, sabiendo su origen delictivo, para ocultar o encubrir su origen ilícito.”

trabajo importantes cantidades de dinero que no al no ser objeto de tributación producen un capital negro.

En el caso concreto, conforme dice esta Sentencia, los autores argumentan que la subsunción en el tipo penal no alcanza a la posesión o a la utilización, pues esos verbos nucleares del blanqueo fueron introducidos en la reforma operada por la L.O 5/2010, y por lo tanto no tiene capacidad de rellenar la tipicidad penal. En el caso concreto, el Tribunal ha entendido que la adquisición de vehículos, motocicletas y embarcaciones, es – en un primer plano - una conducta típica del blanqueo en la medida en que el autor realiza un acto de transformación de un bien de procedencia ilícita. En el mismo sentido ocurre con la contratación de un activo financiero, pues convierte dinero procedente de un hecho delictivo en un producto financiero. Desde la perspectiva expuesta, el hecho de la adquisición de vehículos y la conversión en activos financieros del dinero procedente de un delito es *un hecho típico* del delito de blanqueo. Sin embargo, el mismo Tribunal establece que “mayores problemas plantea dar respuesta a la segunda cuestión planteada en el motivo: los hechos declarados probados forman parte del agotamiento del delito precedente y han sido objeto de punición en el delito de tráfico de drogas. En otras palabras, entiende que la formación ilícita del patrimonio que en la sentencia es subsumido en el blanqueo, forma parte de la tipicidad del delito contra la salud pública, en su fase de agotamiento, y su antijuricidad es objeto de la consecuencia jurídica dispuesta en la sentencia, concretamente, en el comiso decretado, y en la pena pecuniaria.”

Destacando la influencia de la legislación internacional sobre el tema, ya antes referido, la Sentencia se enfrenta con el problema del *bis in idem* señalando que “esta cuestión ha sido ampliamente debatida en la doctrina y en la jurisprudencia de esta Sala que ha discutido la subsunción de esta conducta en el delito de blanqueo, independiente del delito anterior, por ejemplo, de tráfico de drogas, o, por el contrario, que consideremos que el delito de blanqueo aparece absorbido por el delito contra la salud pública. En definitiva, si nos encontramos ante un concurso de delitos o un concurso aparente de normas. La última modificación del tipo penal, por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, incluyendo el autoblanqueo en la descripción típica ha planteado una amplia discusión doctrinal y jurisprudencial, si bien en la Sala ya existían pronunciamientos anteriores sobre la posibilidad de su punición. Ciertamente, el castigo del autoblanqueo viene siendo exigido por la *normativa internacional*. La sentencia impugnada recoge

una amplia referencia de los Tratados y Recomendaciones que así lo exigen. Lo anterior es cierto pero ese planteamiento puede entrar en colisión con principios fundamentales del sistema penal. En concreto, la *doble punición* puede comportar una lesión al principio *non bis in idem*, al derecho a no declarar contra sí mismo y a la consideración de impunidad del autoencubrimiento. Es por ello que la dogmática y la práctica jurisprudencial han realizado interpretaciones restrictivas del autoblanqueo, el blanqueo realizado por el autor de hechos delictivos, para evitar la doble punición por el mismo hecho. En el mismo sentido, el proyecto de Directiva de la Unión Europea prevé que en la regulación del autoblanqueo que por las legislaciones de los países miembros de la Unión Europea se adopten las cautelas precisas para "no vulnerar el principio *non bis in idem*"<sup>290</sup>,

En este sentido, se puede afirmar que existe una tendencia restrictiva que viene aflorando en el Tribunal Supremo de cara a identificar *en el caso concreto* elementos que puedan indicar la posibilidad de un concurso de delitos o la prohibición del *bis in idem*<sup>291</sup>. Pienso que tal postura restrictiva baraja correctos fundamentos, por discernir, *caso a caso*, cuando es posible la incidencia de la norma, siendo esta la solución más acorde con principios fundamentales del Derecho Penal. Si trasladamos la cuestión a otros ámbitos, frente al concurso con el delito tributario se añaden otros argumentos limitativos, ya expuestos en el voto particular y divergente en la Sentencia 974/2012 del Tribunal Supremo.

---

<sup>290</sup> Fundamento 59 de la Directiva aprobada.

<sup>291</sup> Por ejemplo, la Sentencia 858/2013 del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2013, describe que "en otras Sentencias, hemos mantenido una posición más restrictiva, consecuente a la idea de que todo delito en general y de forma más específica en los delitos contra la propiedad y salud pública implica, con carácter general, una vocación de aprovechamiento económico, lo que indica que la doble punición no es posible en la medida en que el aprovechamiento forma parte de la estructura del delito antecedente y ya penado en éste, por lo que no es posible una posterior punición, lo que incidiría en la interdicción del *bis in idem*. En términos de la STS 884/2012, de 8 de noviembre, "resulta indispensable operar con un criterio restrictivo, con el fin de no identificar, siempre y en todo caso, el agotamiento del delito principal con la comisión de un nuevo delito por el hecho de que se adquiriera, posea, utilice, convierta o transmita bienes procedentes de esa actividad delictiva que precede en el tiempo". Así hemos declarado (STS 440/2012, de 25 de mayo) "un concurso de normas cuando los bienes objeto del alzamiento son precisamente los obtenidos fraudulentamente a través de la estafa.... En esos casos sí que puede hablarse propiamente de agotamiento del delito. Al castigarse la estafa se contempla también la acción posterior por la que se dispone de lo defraudado en beneficio propio". También en la STS 1637/1999, de 10 de enero de 2000, en la que un recurrente, condenado por delito de tráfico de drogas y blanqueo, cuestionaba la doble incriminación. "Para que la tesis de la identidad que postula el recurrente pudiese prosperar tendría que existir una completa identidad entre la autoría del delito principal -la venta de droga- con el blanqueo procedente de la venta de la misma. En tales casos pudiera afirmarse que no es posible la penalización autónoma de los efectos del delito a quien a su vez ha sido castigado como autor del primer delito y en ese sentido se pronuncia el art. 6 ap. 1, epígrafe b) del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 18 de noviembre de 1990".

En resumen, la *Sentencia 858/2013-TS* concluye que no estaría permitida la simultánea imputación por blanqueo de dichos bienes, por vulneración del principio *ne bis in idem*, afirmando que “en el caso observamos que la sentencia, además de una pena pecuniaria proporcional al tráfico y un comiso sobre los efectos y ganancias obtenidos por el tráfico ha contemplado la total antijuricidad de la conducta y efectos del delito por lo que no es posible la doble incriminación. Procede, en consecuencia, la absolución por el delito de blanqueo del dinero al tratarse de una conducta anteriormente penada que contraría al principio *non bis in idem*. La solución propuesta es conforme a otras Sentencias de esta Sala, según hemos expuesto, y acorde también con la Sentencia 974/2012 de 5 de diciembre, que tanta discusión ha planteado entre la doctrina, toda vez que, como se afirma en la Sentencia (fundamento trigésimo cuarto) “la conclusión alcanzada por la Audiencia relativa a que el dinero que el matrimonio trajo a España procede de las actividades delictivas por las que el sujeto había sido condenado en Suecia ...”. Es decir, en aquella Sentencia se trataba de un patrimonio antijurídico que era objeto de reproche penal en el delito de blanqueo que procedía de una fuente delictiva que no había contemplado la totalidad de su dimensión antijurídica, toda vez que el autor del delito fiscal objeto de la condena pudo evadir parte de su patrimonio y traerlo a España. Ese patrimonio es de origen delictivo y no había sido objeto de reprensión penal.”.

Esta tendencia de limitar el autoblanqueo en base a un criterio de interpretación más restrictivo ha aparecido otras ocasiones recientes en la jurisprudencia de la más Alta Corte de España. En 29 de abril de 2015, la *Sala Segunda del Tribunal Supremo*, por medio de la *Sentencia 265/2015*, vuelve al tema, esta vez de forma específica y profunda, enfrentándose a la cuestión del *bis in idem* y hablando de criterios interpretativos como forma de *modular* la incidencia típica del autoblanqueo.

El caso concreto ha consistido, en síntesis, en una trama de distribución de cocaína introducida ilegalmente desde la República Dominicana en la provincia de Cádiz por un grupo de personas de esta localidad. La sentencia originariamente impugnada, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional con fecha 18 de marzo de 2014, condenó a once acusados como autores de delito de blanqueo de capitales y tráfico de estupefacientes. Frente a ella se han interpuesto recursos de

casación por nueve de los condenados, consiguiendo que uno de los recursos<sup>292</sup> haya planteado la cuestión de que no es posible la aplicación del artículo 301 del Código Penal, en su modalidad de autoblanqueo, frente al delito antecedente, en razón de la posesión y de bienes procedentes del narcotráfico, por conducir a la violación del principio *non bis in idem*.

El recurso alegó que, siendo el delito antecedente del blanqueo de capitales exclusivamente el delito de tráfico de estupefacientes, la sanción también por delito de blanqueo referido a las ganancias obtenidas en el tráfico de drogas implica una doble condena por los mismos hechos. Estima que toda la actividad previa realizada por la recurrente por acciones constitutivas de un delito contra la salud pública ya ha sido sancionada a través de la pena impuesta en esta causa por dicho crimen, por lo que cualquier actividad de la que pueda proceder el dinero objeto del delito de blanqueo estaría incluida en el delito ya condenado y la mera obtención o disfrute de las ganancias no puede ser considerada como integradora de un delito adicional.

Enfrentándose a la cuestión en toda su profundidad, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha considerado que el caso plantea una cuestión de especial interés, que impone definir *criterios interpretativos* acerca del ámbito de incidencia del denominado autoblanqueo, pues “una interpretación excesivamente laxa de la acción típica podría conducir a resultados que en los casos de autoblanqueo pueden ser vulneradores del principio *non bis in idem* mientras que ciertas interpretaciones restrictivas muchas veces resultan “bien intencionadas pero escasamente coherentes”<sup>293</sup>.

Dicha Sentencia se enfrenta con la cuestión reafirmando que el tipo penal sanciona específicamente el autoblanqueo, es decir, el blanqueo de ganancias que tengan su origen en una actividad delictiva cometida por el propio blanqueador<sup>294</sup>.

En la Sentencia 809/2014 de 26 de noviembre, el Tribunal Supremo afirma que la *punición autónoma del autoblanqueo*, respecto del delito antecedente se justifica

---

<sup>292</sup> Recurso nº 10496/2014.

<sup>293</sup> Así lo expresa en el capítulo octavo del análisis de dicho recurso (pág. 30 de la Sentencia).

<sup>294</sup> Reafirma: “Sobre esto no puede haber duda alguna, pues en primer lugar la doctrina jurisprudencial ya lo venía entendiendo así, (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 18 de Julio de 2006 y SSTS núm. 960/2008 de 26 de Diciembre y núm. 313/2010 de 8 de abril, entre otras), y en segundo lugar el Legislador lo recalcó y precisó, precisamente para solventar la polémica doctrinal existente, en la reforma de 2.010 del Código Penal (LO 5/2010, de 22 de junio) incluyendo expresamente en el art 301 CP una doble modalidad de blanqueo, según la actividad delictiva haya sido cometida por la propia persona que realiza la actividad de blanqueo o por cualquier otra.”

porque desde la reforma penal de 2010 se sanciona expresamente esta modalidad de delito cometida por el autor del delito previo, razonamiento de legalidad que admite la adecuación del tipo penal al ordenamiento constitucional español. También se ha considerado que la mayor gravedad del delito para el legislador y una mayor autonomía del delito de blanqueo frente a otros delitos permiten hablar de una consiguiente mayor autonomía típica e independencia del crimen frente a otros comportamientos.

Argumentos de orden *valorativo*, consideran “que la característica principal del blanqueo no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas, ni siquiera en darles "salida", para posibilitar de modo indirecto ese disfrute, sino que se sanciona en consideración al "retorno", en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así generada pueda ser introducida en el ciclo económico” indicando que el delito de blanqueo de dinero es sobre todo un *proceso*, un mecanismo para la reconducción de determinados bienes desde la ilegalidad al umbral de la licitud, donde habitan patrimonios lícitos y donde el dinero que circula en el circuito económico es fiable, bueno y legal.

El Tribunal afirma que “el Legislador ha decidido expresamente que el blanqueo de las ganancias procedentes de una actividad delictiva por su propio autor, aun cuando puede también considerarse un acto de aprovechamiento o aseguramiento de las ganancias derivadas del delito antecedente ya condenado, o de autoprotección de su autor, debe sin embargo sancionarse autónomamente en atención a la especial protección que requiere el bien jurídico que conculca, que tutela el orden socioeconómico, y dado su carácter *pluriofensivo* también protege intereses de la Administración de Justicia, siendo distinto del que tutela el delito al que subsigue”, y continua la Sentencia justificando que debe ser así sobre todo por entender, que este bien jurídico no ponderado en la sanción del delito inicial, justifica que el blanqueo deba ser objeto de sanción independizada por razones de política criminal, precisamente por constituir la condena del blanqueo un instrumento idóneo para combatir la criminalidad organizada, que directa o indirectamente se apoya en la generación de riqueza ilícita y en su retorno encubierto al circuito legal de capitales.

Este punto de inflexión, comparado con la situación de los *delitos tributarios* como crímenes antecedentes, merece una matización. Hay que considerar que el fraude fiscal no está relacionado necesariamente con el crimen organizado, aunque este tipo

nefasto de delincuencia se sirva de expedientes y maniobras fiscales para gestionar el patrimonio que construye con la práctica de muy graves delitos. Esta situación concreta es muy diferente de los ordinarios y muy comunes comportamientos de defraudación fiscal (la mayoría de los delitos tributarios son practicados por personas “comunes”...) lo que indica que es importante y necesario distinguir - cuanto a argumentos político-criminales de subsunción de comportamientos al delito de blanqueo - si estamos en *cada caso concreto* frente a una situación que conlleva este riesgo adicional proporcionado por la delincuencia organizada, y si es el caso, incluso, de aplicación no solo del autoblanqueo como de la especial agravación de la pena del delito tributario por ser practicado en el contexto de la delincuencia organizada. No parece justificable, en el campo del delito tributario, admitir que el mayor riesgo ofrecido por la delincuencia organizada pueda justificar, sin más, la posibilidad de aplicación del autoblanqueo, siendo necesario que se verifique, caso a caso, si el delito fiscal se practica en el marco del crimen organizado (como sucede con tantos otros delitos que pueden estar ocurriendo simultáneamente con actividades de este tipo).

Es imprescindible destacar que la Sentencia 265/2015 del Tribunal Supremo, emitida en el marco del Recurso nº 10496/2014, establece una importante distinción al considerar que, aunque el ánimo de disfrute de las ganancias no constituya un requisito típico del delito de tráfico de drogas, la obtención de beneficio y ganancias con el mismo, y su ulterior disfrute, integran un binomio de difícil escisión, de modo que la imposición de una pena autónoma por el mero hecho de adquirir, poseer o utilizar las ganancias obtenidas podría infringir la prohibición de doble incriminación. En este campo se afirma que “es necesario precisar que la acción típica sancionada como delito de blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, como precisa el tipo, en realizar estos u otros actos cuando tiendan a ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias”. De igual modo, este criterio sirve para interpretar situaciones relacionadas con el *delito fiscal*, como el propio Tribunal admite. En este contexto, existen argumentos en contra de la posibilidad de considerar la cuota defraudada como bienes ilícitos en relación al delito de blanqueo de capitales, como subraya el ya mencionado voto particular divergente de la Sentencia 974/2012. Como antes se ha subrayado, y como destaca el propio Tribunal Supremo en la Sentencia 265/2015 “el Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias

obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que superado el proceso de blanqueo de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado”. Ello resalta que el delito de blanqueo se realiza por medio de un “proceso” concebido y puesto en marcha para la “legitimación” de capitales que son esencialmente “ilícitos” y que necesitan por la voluntad del autor del delito antecedente ser incorporados al normal circuito económico.

En el caso del *delito fiscal*, su inclusión como delito *antecedente* en los términos propuestos por la nueva Directiva recientemente aprobada (artículo 3, nº 4, “f”)<sup>295</sup> debe ser *matizada* cuando se esté de cara a supuestos de autoblanqueo, al menos en el caso del Derecho Penal español, respetando al criterio restrictivo propuesto por la doctrina más autorizada<sup>296</sup> y la tendencia predominante en el Tribunal Supremo basada en las referidas sentencias dictadas desde el año 2012. Bajo el enfoque *político criminal*, bien representado por los mencionados compromisos que provienen de la legislación internacional, y conforme a argumentos *valorativos*, la norma que obliga a la inclusión del delito de defraudación fiscal entre los crímenes antecedentes es comprensible, aceptable, y coherente. No se niega tal necesidad, principalmente ante el avance de la macrocriminalidad. Pero en situaciones diversas, en las que se está ante situaciones del del hombre ordinario que defrauda, fuera del contexto extremo que ha llevado a los propios organismos internacionales a preocuparse por la creación de normas de protección al sistema económico mundial o europeo (delincuencia organizada o criminalidad financiera de gran magnitud) y de orden supranacional (como las “Directivas”) el sentido es otro, así como otros deben ser los criterios de interpretación que deben ser manejados.

Por consiguiente, principalmente cuando se trata de casos de *autoblanqueo* - situación que no puede ser descifrada de manera amplia e irrestricta – existe el riesgo de ataques a derechos fundamentales de orden constitucional (la doble incriminación) además de principios penales muy arraigados en el Estado de Democrático de Derecho.

---

<sup>295</sup> Dice la Directiva: “‘‘Artículo 3: A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 4) «actividad delictiva»: cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de los delitos graves siguientes: f) todos los delitos, incluidos los delitos fiscales relacionados con los impuestos directos e indirectos definidos en la legislación nacional de los Estados miembros, que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de duración máxima superior a un año o, en los Estados miembros en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de duración mínima superior a seis meses;’’ – grifamos

<sup>296</sup> Por todos: FERRÉ OLIVÉ, en (Una trilogía..., op. y loc. cit.).



En definitiva, en este movedizo campo de fronterizas situaciones, el camino más justo sería el término medio, evitándose una *automática* y total subsunción del fraude fiscal en el tipo del 301 en términos de concurso de delito, y respetándose limitaciones que imponen el propio caso concreto (mera posesión o fruición de bienes) y la condición del agente, ambos objetos de la norma penal.

En este sentido, la Sentencia 265/2015-TS pone en relieve que para comprender mejor la conducta típica del art. 301, conviene precisar las acciones que configuran el tipo como el adquirir, poseer, utilizar, transmitir o realizar cualquier otro acto, bajo el enfoque de que el agente lo hace para ocultar o encubrir el origen ilícito de bienes procedentes de una actividad delictiva, destacando que en “la esencia del tipo es, por tanto, la expresión “con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito”, finalidad u objeto de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo.”<sup>297</sup>

Se reafirma, en este contexto, que “el art 301 CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente. Con esta interpretación, más restrictiva, evitamos excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente, por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. O la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo. La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 C.P. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por si mismo al bien jurídico protegido.”<sup>298</sup>

---

<sup>297</sup> Ítem octavo, pág. 34 del Recurso 10496/2014.

<sup>298</sup> Ídem, pág. 35. Subrayamos.

De esa suerte, frente al *fraude tributario* ordinario, es pertinente indagar si los actos practicados en el ámbito de operaciones sospechosas a los ojos de la ley son de verdad típicos y aptos para convertir bienes que son, a su vez, ilícitos. Cabe preguntar si estamos ante una conducta neutra, sin contenido de injusto concreto, derivada de una situación desarrollada en el previsible *iter criminis* ya en fase avanzada de consumación o ya incorporada a hechos posteriores que, por su naturaleza, no son punibles<sup>299</sup>.

Llevada al extremo, la postura mayoritaria de la STS 974/2012 puede conducir a la paradoja de permitir la condena de una persona como autor de un delito de autoblanqueo de capitales por la mera posesión de bienes originados en un fraude fiscal todavía no reconocido como tal por el Derecho Penal, una vez que la sentencia ha firmado el entendimiento, ya reflejado en otros pronunciamientos jurisprudenciales, en el sentido de que no es necesario que exista una condena anterior firme por delito tributario para que se pueda hablar de un blanqueo de capitales posterior<sup>300</sup>. Aunque la cuestión sobre la necesidad de una condena anterior no plantee demasiados problemas para ser admitida por la doctrina<sup>301</sup>, se puede decir que frente a determinados delitos, como el fraude fiscal, por ejemplo, la *incerteza sobre esta característica de ilicitud penal* acerca de los bienes que se encuentran en manos del propio contribuyente obligado a ingresar valores en las arcas públicas se reviste de una buena dosis de

---

<sup>299</sup> Sobre este enfoque la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1.080/2010, de 20 de octubre expone esta posición restrictiva que evita interpretaciones desmesuradas del delito de blanqueo de dinero (en conformidad con lo que ha expresado la STS 265/2015): “Señala esta resolución que la cuestión planteada es “si cualquier acto de “adquisición, conversión o transmisión” del bien de ilícito origen es un comportamiento típico o, como para los demás actos a que se refiere el apartado 1 del artículo 301, se requiere también, para que la adquisición, conversión o transmisión sea típica, que se ordene por los autores a las finalidades antes indicadas. Es decir si una adquisición o transmisión de un bien generado en un delito es en sí mismo un acto “neutro” que requiere aquella doble eventual finalidad de ocultación de la ilicitud o ayuda a la elusión de consecuencias para adquirir relevancia típica penal. Y, en segundo lugar, más específicamente, si, cualquiera que sea la respuesta a la anterior cuestión, habría de excluirse la doble tipificación del acto de tal entrega de dicho bien de origen delictivo, cuando su entrega ya es también valorada para declarar cometido otro delito por razón de la misma”, lo declara el Tribunal Supremo, reafirmando en dicha Sentencia que ““No parece que tal sea la voluntad legislativa al tipificar este delito de blanqueo. Ni se compadece con la definición extrapenal” paradejar claro que el criterio de que la voluntad de ocultación debe estar presente en todas modalidades comisivas de blanqueo”. Ello también se aplica al fraude fiscal.

<sup>300</sup> Así lo expresa el Tribunal Supremo : “En definitiva, admitiéndose que la existencia del delito previo constituye elemento objetivo (normativo) del tipo y su prueba condición asimismo de tipicidad, en ningún caso la jurisprudencia requiere que hubiera procedido sentencia condenatoria firme, bastando con que el sujeto activo conozca que los bienes tengan como origen un hecho típico y antijurídico (SSTS. 19.9.2001 , 19.12.2003 , y 23.12.2003 ), y ni siquiera se considera preciso que se determine la autoría del delito precedente ( STS. 23.2.2005 ), por cuanto tal requisito, necesidad de condena previa, haría imposible en la práctica la aplicación del tipo de blanqueo.”

<sup>301</sup> Sobre este punto se reconoce que el artículo 301 del Código Penal no exige, a decir verdad, y a efectos del perfeccionamiento del delito de blanqueo, que los bienes procedan de un delito, sino que sean tan solo derivados de una actividad delictiva.

*inseguridad jurídica*, sin hablar que representa un evidente mecanismo de presión tributaria sobre el particular por medio de la amenaza penal.

Es cierto que las Directivas europeas anteriores a la que se acaba de aprobar<sup>302</sup>, y la Ley 19/1993<sup>303</sup>, han mencionado en la conceptualización del blanqueo que este delito deberá realizarse “para ocultar” el origen de bienes que son esencialmente “ilícitos”. Sin embargo, en el ámbito del fraude fiscal practicado en un contexto de blanqueo de capitales, creo que el contenido del artículo 1.2 de la Ley 10/2010<sup>304</sup>, y las modificaciones operadas tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, *no han transpuesto de forma expresa al artículo 301.1. del Código Penal las conductas de mera adquisición o posesión de bienes procedentes de actividades ilícitas, sin más cuestionamientos acerca de su finalidad*. Además, pienso que tales exigencias se

---

<sup>302</sup> Desde la del año 1991 has la anterior, de 2005, y sus respectivas revisiones.

<sup>303</sup> En España, la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, coexiste con la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.

<sup>304</sup> La Ley transpone la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, desarrollada por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de «personas del medio político» y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente, así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada, además de establecer el régimen sancionador del Reglamento (CE) N° 1781/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos. En su artículo 1.2., letras “a)”, “b)” y “c)” y “d)”, respectivamente, dispone que: “Artículo 1. Objeto, definiciones y ámbito de aplicación. 1. La presente Ley tiene por objeto la protección de la integridad del sistema financiero y de otros sectores de actividad económica mediante el establecimiento de obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. 2. A los efectos de la presente Ley, se considerarán blanqueo de capitales las siguientes actividades: a) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos. b) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva. c) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva. d) La participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras anteriores, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución. Existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas en las letras precedentes sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes. A los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, *con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.*”

encuentran restringidas al ámbito *administrativo*<sup>305</sup>, y que el delito de blanqueo no está descrito como una *norma penal en blanco*<sup>306</sup>, razón por la cual sería limitada la eficacia de las reglas inscritas en el art. 1.2, letra “d” de la Ley 10/2010.

Resulta que en el caso del blanqueo, el componente anímico - la voluntad dirigida a la incorporación de bienes que son ilícitos al normal tráfico económico - es un elemento esencial para que se pueda hablar del delito de blanqueo de activos por el mismo autor de los hechos antecedentes. Así lo refleja la reciente STS 265/2015 al afirmar que “en la doctrina jurisprudencial puede encontrarse reflejada esta interpretación estricta del tipo delictivo del blanqueo, que exige que la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, o ayuda al responsable de la acción delictiva de la que proceden, esté presente en todo caso para que la conducta integre el tipo delictivo

---

<sup>305</sup> Frente a las dudas sobre la incidencia del artículo 1.2, letra “d” hay que subrayar no se puede encontrar en la redacción del artículo 301.1. del Código Penal - una *norma autosuficiente* - ningún déficit en la definición del núcleo esencial de la prohibición a expandir su ámbito al fraude fiscal común practicado en la modalidad de “autoblanqueo”, sin la voluntad de introducir bienes de dudosa ilicitud (en los términos ya señalados en el Voto particular de la STS 974/2012) en el circuito económico. Forzar tal interpretación puede vulnerar el principio de seguridad jurídica y el derecho a la legalidad penal, proporcionando un amplísimo espacio de inseguridad jurídica, incompatible con la citada exigencia constitucional de certeza.

<sup>306</sup> Esa caracterización legal no condiciona la interpretación del art. 301 del Código Penal, pues la ley ordinaria que no puede ampliar lo establecido en una norma penal que no es ley penal en blanco. Conforme el Tribunal Constitucional español el legislador ordinario carece de potestad para ampliar el ámbito de aplicación de una norma penal autosuficiente. Como ha definido el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia 101/2012, de 8 de mayo de 2012, en una cuestión de inconstitucionalidad en relación a la interpretación del art. 335 del Código Penal: “Según es consolidada y unánime doctrina de este Tribunal, que está resumida entre otras muchas en la STC 283/2006, de 9 de octubre, FFJJ 5 y 8, el principio de legalidad penal, en su vertiente de garantía de orden formal, obliga a que sea precisamente una norma con rango de ley la que defina las conductas delictivas y señale las penas correspondientes. No obstante, como también está dicho en esa misma doctrina constitucional, la reserva de ley en materia penal no impide la existencia de las denominadas «leyes penales en blanco», esto es, como sucede en el presente caso, según luego se insistirá, normas penales incompletas que no describen agotadoramente la correspondiente conducta o su consecuencia jurídico-penal, sino que se remiten para su integración a otras normas distintas, que pueden ser incluso de carácter reglamentario. Ahora bien, para que esa remisión a normas extrapenales sea admisible constitucionalmente debe cumplir en todo caso los siguientes requisitos: a) que el reenvío normativo sea expreso esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c), sea satisfecha la exigencia de certeza o, lo que en expresión constitucional ya normalizada es lo mismo: que «la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada» (STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3). Junto a la citada garantía formal el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE comprende también otra de carácter material, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en este ámbito limitativo de la libertad individual y que, en relación con el legislador, y por lo que aquí más importa, se traduce en la exigencia absoluta de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes mediante una tipificación lo más precisa y taxativa posible en la descripción que incorpora para que, de este modo, «los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones» (STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5). (...) Todo lo cual supone, según hemos advertido en otras ocasiones, una vulneración de la garantía formal del principio de legalidad penal (STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 5).”

sancionado” y concluye que “no basta con adquirir, poseer o utilizar de cualquier modo las ganancias obtenidas ilícitamente para cometer delito de blanqueo. Es necesario atender: 1º) a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y, 2º) a que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas.”

En apretada síntesis, lo que hoy indica la jurisprudencia de la más Alta Corte de España es que en la interpretación del tipo penal de blanqueo de capitales debe incidir *alguna restricción teleológica* que permita realizar *una interpretación restrictiva* que conduzca a *resultados razonables*. No se puede ignorar que el tipo penal *sanciona* específicamente *el autoblanqueo*, es decir, el blanqueo de ganancias que tengan su origen en una actividad que debe de ser ilícita y cometida por el propio blanqueador. Pero no están abarcadas por la funcionalidad del tipo delictivo de blanqueo de capitales conductas que no incluyen una intención o *finalidad* alguna de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a eludir las consecuencias legales de los delitos cometidos, dentro de un *proceso* en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido adquiridos de forma lícita. Comportamientos tan distanciados del objetivo final de la norma quedan fuera del ámbito de incidencia del tipo penal, al que no puede otorgarse un ámbito de aplicación desmedido.

El propio Tribunal Supremo, al sintetizar su pensamiento acerca del tema así lo expresa en la Sentencia 265/2015: “Con esta interpretación, más restrictiva, evitamos excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente, por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. *O la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal, sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo.*”<sup>307</sup>

---

<sup>307</sup> Subrayamos.

Esa postura pone en sintonía la jurisprudencia con la doctrina penalista, en esta ocasión representada por FERRÉ OLIVÉ que, con anterioridad, ha afirmado que “en este complejo contexto es importante destacar la necesidad de imponer *límites interpretativos* al delito de blanqueo de dinero”, concluyendo que “si esto es importante en el blanqueo que se imputa a terceros, lo es mucho más cuando se contempla la posibilidad de sancionar el *autoblanqueo* realizado por el propio defraudador tributario, tal como analizaremos posteriormente. Por ese motivo debe imponerse una interpretación restrictiva del tipo de blanqueo de dinero, requiriéndose en el autor un elemento subjetivo del injusto: la *finalidad* de "ocultar o encubrir" el origen ilícito de los bienes, o "ayudar" a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos. De esta forma se evitará la sanción penal de infinitas conductas adecuadas socialmente y que no debían resultar abarcadas por el tipo penal.”<sup>308</sup> Perfecto entendimiento que comparto plenamente.

A propósito, criterios de interpretación más restrictivos acerca del contenido típico del delito de blanqueo de capitales vienen gradualmente surgiendo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.<sup>309</sup>

En 8 de noviembre de 2012, un poco antes de la referida Sentencia 972/2012, en el ámbito de la Sentencia 884/2012, el Tribunal Supremo se ha enfrentado a una problemática semejante al analizar el recurso de un autor condenado por un delito de blanqueo de capitales, y por un delito de tráfico de drogas, en que se reclamaba la vulneración del principio *non bis in idem*. Partiendo de la base de que todo delito contra la propiedad implica, con carácter general, una vocación de aprovechamiento económico, pero incluso buena parte de la fenomenología delictiva, no directamente ligada al menoscabo del patrimonio ajeno, el Tribunal ha entendido que es “*indispensable operar con un criterio restrictivo, con el fin de no identificar, siempre y en todo caso, el agotamiento del delito principal con la comisión de un nuevo delito, por el hecho de que se adquiriera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, procedentes de esa actividad delictiva que precede en el tiempo.*” Tal tarea de fijar la línea divisoria entre el agotamiento delictivo y la nueva ofensa al bien jurídico protegido en el art. 301 del CP, con el consiguiente nacimiento de la correspondiente

---

<sup>308</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, e “Una nueva trilogía en Derecho Penal Tributario...”, op.cit., pág. 79.

<sup>309</sup> Principalmente en casos relacionados con el narcotráfico frente al delito de blanqueo. Sin embargo, en tales sentencias se abre espacio para la discusión de importantes aspectos que interesan sobremanera al delito fiscal y sus relaciones con el delito de lavado de activos.

modalidad concursal, no es sencilla, incluso porque vincula con este problema a situaciones de escasa relevancia económica por las ganancias obtenidas en la actividad criminal. Pero, como reconoce el Tribunal, la exclusiva atención a los parámetros cuantitativos, como fórmula para decidir la existencia del delito de blanqueo de capitales, pese a su significado, no puede considerarse definitiva, por lo que resulta preciso atender, además, a la *idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico* y, cómo no, a la *intención del autor*, a su *propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas*. En este sentido, afirma la sentencia, para colmar el juicio de tipicidad *no bastará*, por tanto, con la *constatación objetiva del tipo*, siendo necesaria una incursión sobre el ámbito de *voluntad del agente* para saber si en sus *finalidades* estaba activar un *proceso* de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito.

Tal conclusión tiene relevancia cuando se piensa en el *delito fiscal*, una vez que el defraudador solo podría ser imputado por blanqueo en el caso de haber realizado actividades de conversión de capitales ilegítimos en dinero lícito a los ojos de la ley. Además, cuando coincide la autoría en ambos delitos (el antecedente/el blanqueo) la agravación del problema exegético se agrava y el criterio de interpretación de la norma debe ser más riguroso.

Reconociendo que el tema es polémico la STS 884/2012 destaca que “la afirmación de una solución jurídica al problema concursal que surge en aquellos casos en los que el mismo autor de un hecho delictivo blanquea las ganancias obtenidas de su actividad ilícita sigue suscitando controversia. La dogmática considera que la fórmula ofrecida por el art. 301 del CP -que extiende el tipo a aquellos casos en los que la acción de poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes procedentes de un delito se realiza por el propio sujeto a quien se imputa aquél- implica una extensión desmedida del ámbito típico que, además, resulta cuestionable desde consideraciones político-criminales y asociados a los principios que definen nuestro sistema penal. La idea de que el blanqueo de capitales, cuando se efectúa por el propio autor del hecho delictivo del que se derivan las ganancias, es un acto copenado o, si se quiere, un supuesto de autoencubrimiento impune, representa la opinión más extendida en la doctrina.”

Sin embargo, la Sentencia afirma que el Tribunal viene, de acuerdo con las reformas legislativas y las tendencias internacionales, acatando el sentido de extensión del injusto, y reconociendo la expansión del delito de blanqueo. Recuerda que en el acuerdo del Pleno de la Sala Segunda, fechado el 18 de julio de 2006, se proclamó que " el art. 301 del CP no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente...". No obstante, recuerda que "la Sala ha intentado acentuar la sustantividad típica del delito de blanqueo de capitales respecto de la infracción antecedente, en la búsqueda de una solución jurídica que evite la crítica frente al aparente desbordamiento de la medida de la culpabilidad que se generaría con la doble incriminación"<sup>310</sup>.

En este sentido la Corte subraya que la doble imputación es posible cuando se está frente a conductas que adquieren relevancia penal y criminológica autónoma<sup>311</sup>. En paralelo a esta afirmación cabe decir que esta *paridad de relevancia* no siempre ocurre entre el fraude fiscal y el delito de blanqueo, una vez que la defraudación (aunque sea de importantes valores) no adquiere en el contexto social el poder ofensivo que genera, por ejemplo, el narcotráfico.

En este sentido, estoy acuerdo con FERRÉ OLIVÉ cuando afirma que "el Código Penal está tratando por igual a todos los delitos previos, situación que no se da en muchos países de nuestro entorno. El fraude fiscal podría llegar a ser un delito previo

---

<sup>310</sup> Ello lo hace frente a la potencia que determinados delitos tienen para generar grandes cantidades de capital que necesitan ser incorporados a la economía. Así lo afirma: "Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha destacado la generación de enormes beneficios económicos que necesitan ser introducidos en el circuito económico, comercial y financiero hasta darles apariencia de licitud y, además como consecuencia de la apertura internacional de los mercados financieros, estos delitos extienden sus efectos en un ámbito que va más allá del espacio territorial de un país (cfr. SSTs 1501/2003, 19 de diciembre y 202/2006, 2 de marzo). Y un principio fundamental del sistema económico radica en la transparencia y fiabilidad de las transacciones de todo orden que se realizan en el mundo del comercio y de las finanzas. Esta exigencia se deriva de la necesidad de evaluar estadísticamente el volumen y los índices económicos de un país y de garantizar el deber constitucional de contribuir a las cargas públicas, mediante el pago de los tributos que generan las transacciones comerciales y financieras ( STS 1505/2005, 25 de febrero ). De ahí que el delito de blanqueo de capitales, como toda receptación, sea un delito autónomo, que tipifica y describe unas conductas concretas distintas a las que integran el delito antecedente, del que traen causa los bienes receptados (STS 1501/2003, 19 de diciembre). En consecuencia, el blanqueo efectuado por el acusado, procedente de operaciones de tráfico de drogas anteriores en el tiempo no es obstáculo para la punición del delito de blanqueo."

<sup>311</sup> Así: "si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontraremos ante un evidente concurso real y no ante un modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. Por tanto, no existe duplicidad sancionadora y la decisión adoptada respecto de la participación e incriminación doble de los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero está ajustada a la más estricta legalidad (STS 1597/2005, 21 de diciembre)."



al blanqueo de capitales, pero no considero que pueda serlo en los amplísimos términos actuales si se trata de un autoblanqueo. En este sentido queda pendiente la posibilidad de apreciar una violación del principio *non bis in idem*. No es fácil demostrar la violación de este principio, pero cuando el fraude fiscal sanciona la defraudación de determinados bienes y el delito de blanqueo sanciona desde el instante mismo de la consumación del delito previo la posesión o el uso de esos mismos bienes parece difícil desconocer que el concurso real entre ambos delitos y la desmesurada pena consecuente suponen la aplicación de dos sanciones penales por un único hecho cometido.”

Este impecable entendimiento se inserta en un acalorado debate científico, con diferentes posturas<sup>312</sup>, donde la mayoría de la doctrina tradicional ha venido considerando que el delito fiscal no puede<sup>313</sup> ser considerado como un delito antecedente del blanqueo de capitales<sup>314</sup>. Las distintas posiciones del debate doctrinal acerca del tema fueron expuestos por BLANCO CORDERO<sup>315</sup>, partidario de la postura que considera que la cuota defraudada en el delito contra la Hacienda Pública constituye un bien susceptible de integrar el tipo penal de blanqueo de capitales previsto en el art. 301 CP<sup>316</sup>. Aunque los argumentos a favor de la inclusión del delito fiscal sean también

---

<sup>312</sup> Cfr. REQUE MATA, S.- ¿Puede considerarse el delito fiscal delito previo al delito de blanqueo de capitales? En III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Coord. por MIGUEL ABEL SOUTO y NIELSON SÁNCHEZ STEWART, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 285 y ss.

<sup>313</sup> El propio GAFI subraya que el delito fiscal ocupa un espacio importantísimo en los casos de blanqueo de capitales en España, destacando que en muchos casos es el propio defraudador el que practica conductas tendentes a la ocultación de bienes que provienen del impago de impuestos. Véase: FATF (2014) – Medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo – España, Informe sobre la Cuarta Ronda de Evaluación Mutua, FATF. Accesible en: [www.fatf-gafi.org/topics/mutualevaluations/documents/mer-spain-2014.html](http://www.fatf-gafi.org/topics/mutualevaluations/documents/mer-spain-2014.html)

<sup>314</sup> Sobre el tema, con muchos argumentos razonables: CHOCLÁN MONTALVO, J.A. - ¿Puede ser el delito fiscal delito precedente del delito de blanqueo de capitales? Del mismo autor: El Patrimonio Criminal (comiso y pérdida de la ganancia, Madrid, 2001. Del mismo, La organización criminal. Aspectos penales y procesales, Madrid, 2000. También publicado en el Boletín del Colegio de Abogados de Madrid, Blanqueo de capitales, nº 37, septiembre 2007.

<sup>315</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: La evasión Tributaria como Delito Precedente del Lavado Activos, en “Tratado de Lavado Activos y Financiamiento el Terrorismo”. La Ley, Buenos Aires, 2012, Tomo I, págs. 207 y ss. Del mismo autor: El delito de blanqueo de capitales. Aranzadi. 3ª Edición. 2012, págs. 369 y ss. En especial: El delito fiscal como actividad delictiva previa del delito de blanqueo de capitales. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 13-01, ISSN 1695-0194, (2011).

<sup>316</sup> En la obra colectiva La amnistía fiscal, en conjunto con MONEDERO ARANDILLA, J.L.; SALIDO GUSI, J.; coordinador, MARTÍN FERNANDES, J.); Tirant lo Blanch, ISBN: 978-84-9033-267-2, Valencia, 2012. En el mismo sentido, CAMPOS NAVAS, D.: Lavado de dinero y delito fiscal. Posibilidad de que el delito fiscal sea del delito precedente al de blanqueo de capitales. La Ley - Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº 5, págs. 1402-1410, 2005.

bastante extensos y ponderables<sup>317</sup>, es cierto que persisten en el debate, aún sin respuesta satisfactoria, muchas cuestiones sin resolver.

Hay cierto acuerdo en reconocer que el sentido dado a las últimas reformas legislativas constituye un considerable adelantamiento de la barrera de protección de la norma en el caso del blanqueo, incluso en lo que se refiere al delito fiscal. También se dice que el efecto de dichas reformas es evidente y produce distorsiones importantes. Al extenso rol de objeciones, se suman argumentos de orden técnico y práctico. Diferentes sectores empresariales se quejan de la excesiva dificultad en cumplir la normativa antiblanqueo en lo que se refiere a obligaciones relativas a la Hacienda Pública. Se argumenta que los procedimientos de diligencia debida exigidos a los sujetos obligados a notificar operaciones sospechosas suelen ser más complicados en casos de cuestiones tributarias, dada la complejidad que conlleva el tema fiscal. Los elevados costes económicos para implantar complejos sistemas de identificación de operaciones atípicas, demandan un alto nivel de entrenamiento del personal técnico<sup>318</sup>, variando en función del tamaño de las empresas, pueden exigir la utilización de medios informáticos<sup>319</sup> y capacidades técnicas que muchos de los empleados de las instituciones financieras no poseen. Tal situación puede culminar en deberes de difícil cumplimiento, ingresando en una zona fronteriza que proporciona ulteriores problemas probatorios en el ámbito de eventual acusación por blanqueo de capitales acumulada con un fraude fiscal.

Ello pone en evidencia las dudas sobre la distinción entre planificación fiscal legítima y fraude fiscal, y el vacío conceptual que la ausencia de un consenso a nivel internacional acerca de la definición del concepto de delito fiscal. No debe sorprender, por lo tanto, que existan serias dificultades para la interpretación de muchas disposiciones legales situadas en la intersección del Derecho Penal y el Derecho Tributario, lo que genera el conocido déficit de eficacia de la norma penal antiblanqueo también en el campo de la fiscalidad. Por fin, hay que considerar que la expansión de la regulación de sujetos obligados ha causado efectos muy importantes sobre determinadas

---

<sup>317</sup> Sobre el tema: FERNÁNDEZ CRUZ, J.A.: Fraude fiscal y lavado de capitales. En Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, nº 7. 2009.

<sup>318</sup> Sobre la cuestión véase: CID GÓMEZ, J.M.- Detección del blanqueo y sus efectos socioeconómicos – especial referencia a la formación de empleados. III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Coord. por MIGUEL ABEL SOUTO y NIELSON SÁNCHEZ STEWART, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 59.

<sup>319</sup> Avanzados sistemas de análisis de datos ("advanced analytics") como el "Hadoop", i2, y otros instrumentos de High Performance Analytics.

profesiones, principalmente en el campo del ejercicio de la abogacía<sup>320</sup> y del asesoramiento financiero.

En cuanto a la determinación del objeto material del delito las dificultades son aún más severas. Como afirma BLANCO CORDERO<sup>321</sup> “las normas y recomendaciones contra el blanqueo de capitales persiguen prevenir o impedir que los bienes de origen ilegal sean introducidos en la economía como si provinieran de una fuente legítima. El lavado de activos se refiere, por lo tanto, a *bienes derivados directa o indirectamente de una actividad delictiva*, sobre los que con posterioridad se realizan otros actos para conseguir un objetivo final concreto cual es el de dotarlos de la apariencia de legalidad. Se dice que la no declaración al fisco de ingresos que tienen un origen legítimo, y su posterior actuación sobre ellos, no debe dar lugar a un delito de lavado porque no derivan, directa o indirectamente, de un delito. El mero hecho de no haber declarado los ingresos al fisco no transforma la fuente de dichos ingresos y la convierte en ilegal”. Sin embargo, dice el autor, “Desde un punto de vista jurídico-penal, se señalan las dificultades que va a suponer la determinación de los bienes que constituyen el *objeto material del delito de lavado*. La defraudación tributaria, como se ha dicho, consistente en retener ingresos a los que un sujeto no tiene derecho por no haberlos declarado al fisco, va a generar constantes debates acerca de qué parte del patrimonio del obligado tributario puede considerarse contaminada. El delito de blanqueo exige en todo momento que se establezca qué bienes tienen un origen delictivo, para castigar aquellos comportamientos realizados sobre ellos, normalmente para dotarlos de la apariencia de legalidad. Y esto va a ser muy difícil de concretar en el patrimonio del obligado tributario, porque sólo una parte del mismo (la que constituye la deuda tributaria) está contaminada”.

---

<sup>320</sup> Sobre el tema SÁNCHEZ STEWART, N.- Abogados y blanqueo de capitales. En III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Coord. por MIGUEL ABEL SOUTO y NIELSON SÁNCHEZ STEWART, Tirant lo Blanch, 2013, págs.11 y ss.

<sup>321</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I. – El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., 378 y ss.

Son muchas las dudas que están relacionadas con este aspecto y no se puede admitir que el mero hecho de no haber declarado los ingresos al fisco transforme la fuente de tales ingresos algo esencialmente ilegal<sup>322</sup>.

Ante todas esas circunstancias, pienso que la incidencia simultánea del fraude fiscal y el delito de blanqueo de capitales debe ser una situación excepcional, de *ultima ratio*, restringida a hipótesis concretas que permitan identificar que se está ante una conducta comisiva, dolosa, practicada de forma voluntaria con la finalidad de poner en marcha un proceso de legitimación de capitales (en cualquier de sus fases, en conjunto o separadamente) frente a bienes que son esencialmente ilícitos y que no representan la mera posesión o fruición de un patrimonio<sup>323</sup> por parte del agente que ha defraudado<sup>324</sup>. Es necesario que cada caso sea analizado de manera individual, evitándose generalizaciones y abstracciones que puedan dar lugar a una doble punición representada por el “bis in ídem punitivo”. En este sentido, VARELA CASTRO, Magistrado del Tribunal Supremo, ha advertido que “el concepto mismo de ‘blanqueo’ debe suponer un límite de acción represiva, excluyendo de él lo que no es sino agotamiento de otros comportamientos previos y autónomos ya castigados, evitando así la doble sanción del mismo hecho. Así el elemento subjetivo del injusto, constituido por la finalidad de transformar la ilicitud cognoscible del dinero o viene en aparente licitud,

---

<sup>322</sup> El delito de blanqueo está pensado para reforzar la respuesta penal frente a delitos *comisivos* anteriores. Como bien explica CHOCLÁN MONTALVO (op.cit.): “Un delito que responda en su configuración típica al patrón de los delitos de omisión (como el delito fiscal, así STS 10.10.2001) no puede servir de delito previo de un delito de blanqueo de capitales, pues no puede establecerse relación causal entre la acción omitida (el pago de los tributos) y los bienes ya incorporados al patrimonio del sujeto por virtud de un hecho positivo anterior no constitutivo de delito (verdadera causa de la incorporación del bien). No cabe en este ámbito recurrir a una eventual causalidad hipotética, en el sentido de considerar ilícita la ganancia por la circunstancia de que de haberse realizado la acción debida (el pago de un tributo) la parte de patrimonio afecta al cumplimiento de la obligación no formaría parte del activo patrimonial del sujeto activo. Una cosa es un incremento ilícito de patrimonio, otra que este no disminuya por razón del incumplimiento de una obligación legal. No es posible imputar la ganancia a la omisión (ilícita) cuando natural u ontológicamente pueda hacerse a una acción lícita. Es decir, si se constata que la ganancia o el incremento de patrimonio ha sido causado mediante un hacer positivo lícito (por ejemplo, la obtención del precio por la venta de un terreno, en el ejemplo expuesto) no es posible imputar un origen ilícito por mucho que se compruebe que el autor omitió típicamente una acción que hubiera mermado la ganancia.”

<sup>323</sup> Sobre la cuestión: ORTS BERENGUER, E.- III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Coord. por MIGUEL ABEL SOUTO y NIELSON SÁNCHEZ STEWART, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 251 ss.

<sup>324</sup> Tiene buena dosis de razón la postura restrictiva de CHOCLÁN MONTALVO cuando afirma: “salvo la modalidad consistente en la obtención indebida de devoluciones o del fraude de subvenciones, el delito fiscal no puede ser delito previo. Pero en los casos en los que el delito fiscal consiste en el supuesto contrario, en una omisión, la falta de ingreso, la ausencia de desplazamiento patrimonial desde la esfera patrimonial del sujeto pasivo del impuesto (que ya posee los bienes de forma lícita con anterioridad) hacia la Hacienda Pública, no puede apreciarse delito de blanqueo por mucho que se realicen maniobras dirigidas a la ocultación del bien al fisco.” Cfr.: CHOCLÁN MONTALVO, J.A. - ¿Puede ser el delito fiscal delito precedente del delito de blanqueo de capitales?..., op.cit.

debe ser un elemento de obligada constatación.”<sup>325</sup> En este sentido hay que tener presente cual es el actual sentido de las conductas típicas de blanqueo de capitales<sup>326</sup>

Por otro lado, no parece tener mucho sentido insistir en la desnaturalización del delito de blanqueo de capitales para convertirlo en un instrumento para la defensa de intereses de la Hacienda Pública y para el combate de la evasión fiscal<sup>327</sup>. En todos los casos en que se han utilizado medios impropios para dar solución a problemas de distinta naturaleza el precio final que se paga es el descrédito del propio Derecho Penal en cuanto herramienta de control del delito<sup>328</sup>.

Sin embargo, la expansión casi sin límites del espectro punitivo del delito de blanqueo en los tiempos actuales es una realidad mundial que se hace sentir también en España<sup>329</sup>.

La actual política-criminal expansionista, defendida a nivel mundial por organismos como el GAFI, en sintonía con Naciones Unidas y la Unión Europea, es una tendencia abiertamente aplaudida por los legisladores españoles, por múltiples

---

<sup>325</sup> En III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Coord. por MIGUEL ABEL SOUTO y NIELSON SÁNCHEZ STEWART, Tirant lo Blanch, pág. 387.

<sup>326</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.- Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español. En III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Coord. por MIGUEL ABEL SOUTO y NIELSON SÁNCHEZ STEWART, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 175 y ss.

<sup>327</sup> En este sentido BLANCO CORDERO (El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 392): “La protección de la hacienda pública frente a las conductas de evasión de impuestos no corresponde al delito de lavado de activos, lo mismo que la tutela de la salud pública frente al narcotráfico no es la función de dicho delito. Por ello, es incorrecto argumentar que la sanción penal del lavado de los activos procedentes de un delito tributario servirá para incrementar la tutela de la hacienda pública. El lavado es un delito autónomo, que menoscaba un bien jurídico propio de carácter económico, siendo indiferente el ilícito penal del que proceden los bienes. Si un Estado castiga penalmente la evasión fiscal, y el lavado de los bienes procedentes de cualquier ilícito penal, es evidente que también sanciona el lavado de los activos originados en el delito tributario. El problema es que no todos los Estados tipifican penalmente la defraudación tributaria.”

<sup>328</sup> Por ejemplo, la notable expansión de los delitos de terrorismo, y empleo de medios extraordinarios en el ámbito procesal para la incriminación de sus autores, no han logrado frenar el avance de este tipo de criminalidad.

<sup>329</sup> Esta ampliación de sus límites colide también con el Derecho Tributario. En este sentido, al justificar su voto particular, el Magistrado Antonio del Moral García subraya “Es difícil -y aquí radica sintetizadamente una de las causas que explican mi apartamiento de la tesis mayoritaria- concebir un delito de defraudación tributaria al que no siga -o, preceda: y aquí se encierra otra de las paradojas destacables- una actividad que siempre encajará en alguno de los verbos típicos del art. 301 del Código Penal”.

razones<sup>330</sup>. En consecuencia, es difícil pronosticar que la tesis restrictiva de la inclusión del fraude fiscal pueda triunfar algún día.

En este punto, la nueva *DIRECTIVA 2015/849* del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, aprobada el 20 de mayo de 2015, y en especial su artículo tercero, apartado 4, letra “f”, abre las puertas a la política criminal expansionista para la inclusión del fraude fiscal como un delito capaz de generar bienes corruptos de los que posteriormente se sumará un blanqueo de dinero o financiación del terrorismo. La nueva normativa representa una hoja de ruta clara y una realidad que será seguramente adoptada por el legislador español en su futura - y necesaria<sup>331</sup> - incorporación al ordenamiento jurídico de España.

Hay que tener en cuenta que la expansión del Derecho Penal se plantea en todas direcciones, pero muy especialmente en el campo del Derecho Penal Económico, y sustancialmente frente al delito de blanqueo de capitales<sup>332</sup>, convergiendo con la propia expansión de la protección penal de intereses tributarios (como dos fenómenos que están imbricados y se comunican de forma enlazada). Además es necesario reflexionar sobre la naturaleza del bien jurídico del delito de blanqueo de capitales con más atención y cuidado para evitar que se olvide su verdadera razón de existir<sup>333</sup>.

Pero no debe perderse de vista que tales posturas esconden también otras intenciones, distintas a la simple lucha del blanqueo de capitales, buscando así

---

<sup>330</sup> España fue considerada por el GAFI, por ocasión de su última evaluación (diciembre de 2014) un país cumplidor de sus compromisos internacionales en materia de prevención y represión del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Como Estado miembro de un bloque económico regional, y activo participante de Naciones Unidas, el país ocupa una posición destacada que le obliga a atender demandas de armonización legislativa en esta materia. A parte de tales necesidades, existen presiones económicas agravadas por la actual crisis financiera internacional y compromisos políticos relativos al combate del terrorismo que conforman factores de influencia sobre el diseño de su política-criminal interna.

<sup>331</sup> Por imperativo del artículo 67 de la nueva Directiva “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 26 de junio de 2017.”

<sup>332</sup> Sobre este tema específico el excelente artículo de SILVA SÁNCHEZ, J.M. – Expansión del Derecho Penal y Blanqueo de Capitales, en III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Coord. por MIGUEL ABEL SOUTO y NIELSON SÁNCHEZ STEWART, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 131 y ss.

<sup>333</sup> Sobre el bien jurídico en el campo del blanqueo de capitales, y por todos los autores, nos referimos a los trabajos de Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en Derecho penal económico y de la empresa, Cuestiones generales y bien jurídico en el blanqueo de capitales. Tirant lo Blanch, 2013, págs. 590 y ss. También MUÑOZ CONDE, F.- Cuestiones en torno al bien jurídico protegido en el blanqueo de capitales. III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Coord. por MIGUEL ABEL SOUTO y NIELSON SÁNCHEZ STEWART, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 157 y ss.

sancionar penalmente la evasión fiscal para, en la práctica, tutelar intereses económicos<sup>334</sup>.

Bajo la luz de la jurisprudencia, el Tribunal Supremo, de forma mayoritaria, viene rechazando las críticas formuladas por quienes entienden que el delito fiscal no puede ser considerado como antecedente del delito de blanqueo. Sin embargo, pienso que no faltan en el lúcido voto divergente en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 974/2012) razones ponderables y motivaciones técnicas suficientes para que sea considerada la solución más acorde a los postulados clásicos del Derecho Penal. Por tal motivo, nos decantamos por su pertinencia, brindando a sus argumentos nuestra total concordancia<sup>335</sup>.

Las *tendencias restrictivas*, basadas en *criterios razonables* - como los que fueron expuestos en la STS 265/2015 antes comentada-, también suponen una buena noticia, y parecen ser una señal de esperanza contra la interpretación desmedida del tipo penal de blanqueo de capitales, y el vaciamiento de su real función de combate a formas muy graves de criminalidad.

Es verdad que, como advierte el propio ANTONIO DEL MORAL autor del referido voto particular “en el ámbito de la jurisprudencia es pronosticable que la resolución contraria, que se decanta por incluir el fraude fiscal como antecedente, sea la primera de una nutrida serie, confirmando así, también en el ámbito judicial, la política

---

<sup>334</sup> Tal paralelismo ha sido apuntado con mucha lucidez por CHOCLÁN MONTALVO que advierte: "La práctica enseña, sin embargo, que en más ocasiones de las deseables, se imputa de antemano un delito de blanqueo de capitales cuando el fin de la investigación no es otro que el del afloramiento de rentas ocultas que al final solo tendrá una incidencia en el ámbito del Derecho penal tributario. Pero esa imputación inicial, infundada desde el principio, abre puertas a la cooperación internacional que en otro caso se dificultaría notablemente. Ese preconcebido “fraude de etiquetas” puede conducir a situaciones injustas de inadecuada inflación de la imputación, con las consecuencias negativas de todo tipo que ello reporta para el imputado (por ejemplo, agresivas medidas cautelares de carácter patrimonial). Por ejemplo, con el recurso de calificar el supuesto de hecho inadecuadamente como delito de blanqueo de capitales, en lugar del delito fiscal (y ello aunque no conste indicio alguno de delito previo) se consigue un alargamiento de los plazos de prescripción (el delito de blanqueo de capitales prescribe a los diez años) y con ello se impide la pronta resolución de la causa a favor del imputado cuando el delito fiscal ha prescrito de modo notorio." CHOCLÁN MONTALVO, J.A. - ¿Puede ser el delito fiscal delito precedente del delito de blanqueo de capitales? - op.cit.

<sup>335</sup> En el mismo sentido FERRÉ OLIVÉ (“Una nueva trilogía..., op.cit.) concluye que “aunque por el momento, en la primera Sentencia del Tribunal Supremo que toca este complejísimo tema ha triunfado la tesis que considera que el importe de la cuota defraudada es un bien susceptible de blanqueo, podemos afirmar sumando nuestro parecer al voto por el momento minoritario pero a nuestro entender más convincente, que con la actual regulación legal los bienes que son objeto de un delito fiscal no son susceptibles de fundamentar un delito de blanqueo posterior.”

criminal trazada en órbitas externas al Derecho español”<sup>336</sup>. De todas formas, el vivo debate sobre el tema seguirá, pues la cuestión toca fundamentos muy importantes y valiosos para el Derecho Penal.

Mientras tanto, hay que reconocer que parte de la solución está en manos del propio *legislador* penal<sup>337</sup>, que necesita afrontar tales cuestionamientos y pronunciarse - aunque sea para hacer coro a las tendencias internacionales de inclusión progresiva de delitos en el rol de delitos antecedentes<sup>338</sup> y al deber de armonización legislativa – optando por incluir de manera expresa la represión penal por el blanqueo al aprovechamiento del “ahorro” obtenido por un delito contra la Hacienda Pública<sup>339</sup>, respetando el principio de taxatividad y evitando superposiciones que conlleven al siempre injusto *bis in idem* punitivo.

Otro importante aspecto que procede destacar es el del secreto (bancario y profesional). Es ampliamente conocido que, en el campo de la *delincuencia organizada*, y también del *terrorismo*, una de las medidas clásicas adoptadas por los Estados fue la revisión del *secreto bancario* y la persecución de los paraísos fiscales. Ello se comprueba con la lectura de los principales instrumentos aprobados por Naciones Unidas después de los atentados en Estados Unidos de 11 de Septiembre de 2001. Concretamente, en Norteamérica, el gobierno de Estados Unidos ha aprobado el *Patriot Act* que contiene varias referencias a aspectos propios de la delincuencia económica (al

---

<sup>336</sup> Sin embargo, pienso que la postura defendida por D. Antonio del Moral García en la STS 974/2012 es, entre todas las recientes decisiones sobre el tema, la más correcta y conforme a los principios que inspiran al Derecho Penal.

<sup>337</sup> Como afirmado en el voto particular por el Magistrado “*en mi opinión, la adscripción a esa legítima opción de política criminal preconizada por organismos internacionales habría de hacerse por el legislador orgánico*”.

<sup>338</sup> Tendencia esa que se verifica incluso en el caso del fraude fiscal, como subraya BLANCO CORDERO (Blanqueo de Capitales, op.cit., pág. 370) al afirmar: “Las *tendencias internacionales* parecen moverse hacia la admisión del fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo.”

<sup>339</sup> Así lo expresa ANTONIO DEL MORAL: “*Hay que comenzar proclamando con claridad que el legislador tiene plena libertad para decidir tipificar como delito actividades como la aquí analizada: movimientos de capitales o inversiones realizados en ciertas condiciones por quien ha defraudado a la Hacienda; o el auxilio de terceros a esas conductas. Esa previsión se insertaría sin duda en una tendencia alentada desde organismos internacionales y supranacionales y que ha cristalizado en algunas legislaciones. No nos enfrentamos a una obligación impuesta al Estado desde esas instancias internacionales, sino ante una recomendación. Es una cuestión de política criminal que ha de resolver el legislador. No se trata en estas consideraciones de analizar el mayor o menor acierto de esa medida legislativa, lo que no es tarea de un tribunal de justicia. Lo que se sostiene es que el legislador nacional no ha dado ese paso consistente en extender la represión penal por el blanqueo al aprovechamiento del "ahorro" obtenido por un delito contra la Hacienda Pública: ni lo dio al establecer la tipificación del delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995; ni lo ha hecho en las sucesivas y no escasas reformas del art. 301 ; ni tampoco ha roto con la exégesis natural del art. 301 con ocasión de la reforma de la legislación extrapenal sobre prevención del blanqueo de capitales (Ley 10/2010, de 28 de abril ).*”



prohibir a los bancos, bajo la amenaza de fuertes sanciones, realizar operaciones con países hostiles o paraísos fiscales que se reflejan en una lista negra). Europa, a su vez, ha aprobado múltiples instrumentos legales semejantes.

El resultado de tales novedades es que, en la actualidad, el blanqueo de capitales aparece de lleno en la lucha antiterrorista y la delincuencia organizada, y se ha convertido en un claro instrumento de enfrentamiento de la criminalidad financiera merced de la relativización del secreto bancario y profesional. Paralelamente, el creciente problema de la *corrupción* y los enormes efectos de la mayor *crisis* financiera del último siglo, han llevado a los países más directamente afectados (Norteamérica y Europa) a adoptar medidas de protección fiscal y tributaria que han encontrado en el delito de blanqueo un instrumento que puede ser utilizado de forma maleable para alcanzar tales fines.

En tal sentido, la admisión sin restricciones del fraude fiscal como un delito antecedente del blanqueo de capitales – tendencia abiertamente admitida en la nueva Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo – ha representado, de cierta manera, *el último clavo en el ataúd del secreto bancario*, de suerte que muy probablemente en el futuro no existirán argumentos suficientes para impedir incursiones en la intimidad financiera de cualquiera por parte del Estado.

Todo este escenario pone de relieve la importancia que tiene la doctrina penal en su misión de vigilar el poder estatal y poner frenos críticos a la expansión desmesurada de ciertas normas penales incriminadoras.

### **2.3. Instrumentos y normativa interamericana**

En el ámbito geopolítico americano la OEA (Organización de Estados Americanos) ha tenido una importancia clave y ha llevado a cabo acciones dirigidas a suprimir el flujo de drogas y de productos ilícitos a través de su territorio, intentando encontrar soluciones para frenar el avance del blanqueo de capitales.

Entre sus iniciativas más remotas se encuentra la conferencia sobre tráfico de drogas que tuvo lugar en Río de Janeiro, del 22 al 26 de abril de 1986, en que se recomendó a la Asamblea General la creación de una *Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas* (CICAD). Esta organización ha nacido con autonomía

institucional y ha centrado su acción en el ámbito regional de las Américas. La OEA ha encomendado al organismo la tarea de desarrollar, coordinar, evaluar y controlar las medidas resultantes de la Conferencia y realizar propuestas para aumentar la afectividad de la prevención del abuso de drogas y de la campaña contra el tráfico de drogas y sustancias psicotrópicas en la región. Desde su fundación ha establecido diversos mecanismos para combatir el blanqueo de capitales.<sup>340</sup>

Cuatro años después, ratificando esta tendencia en el área americana, los Presidentes del Grupo de Río, en la IV Cumbre del Mecanismo Permanente de Consulta y Concertación Política, celebrada en Venezuela del 11 al 12 de octubre de 1990, dispusieron, a través de la “*Declaración de Caracas*”, la creación de una Comisión de Expertos Juristas para que diseñaran un marco legal penal que sirviera de base para armonizar la legislación nacional contra el narcotráfico en todos los países miembros. De esta reunión sobrevino la “*Declaración de Cartagena*”, documento que ha abordado el problema del narcotráfico de forma conjunta con los delitos financieros y con la necesidad de control de valores ilícitos derivados del tráfico de drogas. A su vez, en el mismo año (entre el 9 y el 11 de abril de 1990) tuvo lugar en Londres una cumbre ministerial para reducir la demanda de drogas y combatir la amenaza de la cocaína en la que se emitió una Declaración, la cual fue debatida en una Reunión de Ministros de la Organización de Estados Americanos en Ixtapa (México)<sup>341</sup> de lo que resultó otra Declaración en la cual los representantes acordaron adoptar un programa de acción en el que se recomendaba a la Asamblea General de la OEA que se dirigiese a la CICAD para reunir un grupo interamericano de expertos para redactar un *reglamento modelo*, de conformidad con el Convenio de Naciones Unidas sobre drogas. Actuaron en este grupo expertos de 13 países: Argentina, Bahamas, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, USA, Jamaica, Méjico, Perú, Uruguay y Venezuela.

---

<sup>340</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro – *El delito de blanqueo de Capitales*, ob. cit., págs. 140 y 141.

<sup>341</sup> Reunión Ministerial sobre el Consumo, la Producción y el Tráfico Ilícito de Estupefácticos y Sustancias Sicotrópicas – Alianza de las Américas Contra el Narcotráfico ocurrida en 17 al 20 de abril de 1990 en México. Entre los objetivos más destacados de esta reunión se encuentra la idea de que la actividad de blanqueo de dinero fuera tipificada como figura autónoma. El texto indica la necesidad de que se regulara con rigor la actividad de los Bancos y otras instituciones financieras (especialmente en lo que hace la debida diligencia y conocimiento de sus clientes) y se reformularan interpretaciones sobre el secreto bancario de modo a evitar actividades ilícitas. Otro aspecto importante de este texto fue dejar clara la necesidad de que las autoridades incumbidas de la fiscalización fuesen capacitadas de los medios necesarios para identificar, rastrear, aprehender, decomisar y confiscar activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas.

Esta iniciativa ha supuesto un marco muy importante en el ámbito de la política-criminal y administrativa antidrogas y antilavado de dinero, pues ha dado énfasis a la necesidad de tipificación del delito de blanqueo de capitales en todo el continente.

Los trabajos para la elaboración del Reglamento Modelo se han iniciado en 1991 con el objetivo de generar un texto para incentivar a los países miembros a aprobar una legislación tendente a tipificar como delitos todas las actividades relacionadas con el blanqueo de capitales. Inicialmente, el foco principal se centraba en combatir los efectos del narcotráfico.

Como describe CERVINI el Informe Final de la Primera Reunión del Comité de Juristas designado por los gobiernos, reunidos en Bogotá, el 12 y 13 de setiembre de 1991, manifestó que resultaba urgente adecuar la normativa vigente en materia de estupefacientes y psicotrópicos a las nuevas situaciones delictivas que plantea el narcotráfico, intensificando los esfuerzos para diseñar un marco legal penal que incorpore, entre otras, normas expresas contra el lavado de dinero. Posteriormente, en Punta del Este, Uruguay, se desarrolló del 10 al 13 de marzo de 1992, el undécimo período de sesiones de la CICAD, donde se consideró y se dispuso elevar a la Asamblea General de la OEA el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Dinero relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos conexos, elaborado por un Grupo de Expertos, según lo que consignamos con anterioridad. Estos postulados y principios han reiterado los objetivos del Programa Interamericano de Acción de Río de Janeiro, de la Declaración de Guatemala “Alianza de las Américas Contra el Narcotráfico” y las prioridades establecidas en la Resolución (AG/RES.935) “Declaración y Acuerdos de Cartagena”, en la Declaración Política y Programa Mundial de Acción dedicado a la cuestión de la cooperación internacional contra la producción, oferta, demanda, tráfico y distribución ilícitos de estupefacientes y psicotrópicos, aprobados en la XVII Sesión Extraordinaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas y por la Conferencia Cumbre Ministerial Mundial para reducir la Demanda de Drogas y Combatir la Amenaza de la Cocaína. El Grupo de Expertos celebró seis Reuniones desde el 26 de noviembre de 1990, hasta el 6 de marzo de 1992, cuatro de ellas en la ciudad de Washington, y las dos últimas en San José, Costa Rica y en Montevideo, Uruguay, respectivamente, al cabo de cuyo trabajo generó el Reglamento Modelo<sup>342</sup>.

---

<sup>342</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: *Lei de lavagem de capitais...*, op.cit. pág. 154.

El documento final ha sido denominado *Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos* (el título actual del texto es *Reglamento modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves*) y fue aprobado definitivamente por la Asamblea General de la OEA en 23 de mayo de 1992, en las Bahamas.<sup>343</sup>

El Reglamento tiene clara inspiración en el texto de la Convenio de Naciones Unidas de 1988 sobre drogas<sup>344</sup>. Sobre este punto CERVINI destaca que con filosofía general, se procura, siguiendo los lineamientos de la Convención de Viena, “privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad”, ya que, como es sabido el “tráfico genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las

---

<sup>343</sup> Este texto ha sido modificado desde entonces (hubo modificaciones en los años 1997, 1998, 1999, 2002, 2003, 2004, 2005,

<sup>344</sup> A propósito de las semejanzas y diferencias entre ambos textos, BLANCO CORDERO destaca: “Frente al Convenio de Viena, que limita el ámbito de aplicación del blanqueo de capitales a los delitos relativos a las drogas, ahora desaparece esta limitación y se refiere a los delitos graves. Otras diferencias entre ambas Convenciones pueden ser las siguientes: 1. Desaparece la cláusula de reserva, de forma que ya no existe la distinción entre conductas de obligada sanción, y aquellas condicionadas a los principios constitucionales y conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado. Se recomienda así con igual intensidad que todas las conductas recogidas en el Reglamento se castiguen penalmente por los Estados miembros. 2. Desde el punto de vista subjetivo, desaparecen las menciones de carácter finalístico recogidas en la Convención de Naciones Unidas respecto de las conductas de conversión y transferencia. Son suficientes tales conductas sobre productos, a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional, sin requerir ningún elemento subjetivo adicional como la intención de ocultar o encubrir los bienes. 3. En el plano subjetivo se incluye un elemento novedoso ya que se sanciona el blanqueo de capitales en los supuestos de «ignorancia intencional» de la procedencia delictiva de los bienes. Se trata de un elemento procedente del Derecho norteamericano que es tildado de «confuso» para su aplicación al Derecho Penal latinoamericano. Incluso algún autor admite que puede dar cabida en la interpretación de la doctrina norteamericana a niveles de responsabilidad culpable. Sin embargo, para el Derecho Penal latinoamericano se prefiere interpretar dicho elemento como referido a la culpa con representación o al dolo eventual. Así, existe una nota al pie en el propio Reglamento Modelo que señala que la ignorancia intencional se interpreta como dolo eventual. En cuanto a la locución «debiendo saber» el propio Reglamento modelo advierte que contiene los supuestos de culpa o imprudencia (cfr. capítulo de la imprudencia). Incluso se dispone de manera expresa que también es punible la conducta de quien culpablemente realice las conductas previstas en los numerales 1, 2 y en el 3 en lo que respecta al impedimento de la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a tales bienes. consistentes en la prestación de ayuda a los responsables del delito de blanqueo para eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, que sólo parcialmente quedan cubiertas por la Convención de Naciones Unidas. Según el art. 2 núm. 5, el conocimiento, la intención o la finalidad exigidos como elementos de cualquiera de los delitos, así como que los bienes y los instrumentos están relacionados con actividades delictivas graves, pueden ser inferidos de circunstancias objetivas del caso. Además, se establece que la investigación, enjuiciamiento y condena de tales delitos se hará de manera autónoma de cualquier otro crimen, no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave. En definitiva, al igual que la Convención de Naciones Unidas, adopta «fórmulas omnicomprendivas, de enunciación exhaustiva y de exagerado casuismo» para describir las conductas de blanqueo, con la «intención política criminal de no dejar ningún espacio libre para el lavado de dinero». Así lo refiere el autor en “El delito de blanqueo de Capitales”, ob. cit., pág. 163/164.

organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles”, y afirma este autor que “a tales efectos se recurre a una técnica de tipificación visiblemente reñida con el dogma liberal”<sup>345</sup>.

El *artículo 1* del Reglamento se dedica a realizar definiciones sobre conceptos fundamentales como “actividades delictivas graves”<sup>346</sup> y “bienes”<sup>347</sup>, conceptos muy importantes para la construcción de los tipos penales de blanqueo de dinero.

Como destaca BLANCO CORDERO el *artículo 2* del Reglamento modelo define los “delitos de lavado” de manera amplia, parcialmente coincidente con la definición de la Convención de Naciones Unidas, aunque con menos limitaciones en el ámbito subjetivo<sup>348</sup>. Se sancionan las siguientes conductas: 1. Las de autoría o participación en actos preparatorios (conspiración o provocación) o ejecutivos (tentativa o consumación) consistentes en convertir, transferir o transportar bienes, a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional de que tales bienes son producto de actividades delictivas graves; 2. Las de autoría o participación en actos preparatorios

---

<sup>345</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: *Lei de lavagem de capitais...*, op.cit. pág. 157.

<sup>346</sup> Se refiere a delitos determinados por la legislación de cada estado, incluyendo el tráfico ilícito; acciones relacionadas con el terrorismo y la financiación del terrorismo, actos terroristas y organizaciones terroristas; tráfico ilícito de armas; desvío de sustancias químicas; tráfico ilícito de humanos y tráfico de órganos humanos; prostitución; secuestro; extorsión; corrupción y fraude.

<sup>347</sup> En ello se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

<sup>348</sup> Así está redactado el artículo 2: “1. Comete delito penal la persona que convierta, transfiera o transporte bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que los mismos son producto o instrumentos de actividades delictivas graves. 2. Comete delito penal la persona que adquiera, posea, tenga, utilice o administre bienes a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que los mismos son producto o instrumentos de actividades delictivas graves. 3. Comete delito penal la persona que oculte, disimule o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que los mismos son producto o instrumentos de actividades delictivas graves. 4. Comete delito penal, la persona que participe en la comisión de alguno de los delitos tipificados en este Artículo, la asociación o la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, la asistencia, la incitación pública o privada, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión, o que ayude a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones. 5. El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de los delitos previstos en este Artículo, así como que los bienes y los instrumentos están relacionados con actividades delictivas graves, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. 6. Los delitos mencionados en este Artículo, serán tipificados, investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de cualquier otro crimen, no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave. 7. La persona que cometa un delito de lavado de activos y una actividad delictiva grave vinculada al mismo, podrá ser condenada por ambos.” 8. Incurrirá también en delito el que por culpa realice las conductas previstas en los numerales 1, 2 y en el 3 en lo que respecta al impedimento de la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a tales bienes.”

(conspiración o provocación) o ejecutivos (tentativa o consumación) consistentes en adquirir, poseer, tener, utilizar o administrar bienes, a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional de que tales bienes son producto o instrumento de actividades delictivas graves; 3. Las de autoría o participación en actos preparatorios (conspiración o provocación) o ejecutivos (tentativa o consumación) consistentes en ocultar, disimular o impedir la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional de que tales bienes son producto o instrumentos de actividades delictivas graves; 4. Las de ayuda a cualquier persona que participe en la comisión de los delitos anteriores, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.”<sup>349</sup> De esta manera se puede notar que en el Reglamento los delitos de lavado reconocen tres modalidades principales, que involucran nueve verbos típicos: a) convertir, transferir; b) adquirir, poseer, tener, utilizar<sup>350</sup>; c) ocultar, encubrir o impedir

---

<sup>349</sup> BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de Capitales, ob. cit., págs. 161/162.

<sup>350</sup> Sobre este aspecto destaca CERVINI: “La segunda modalidad de lavado *strictu sensu* incluida en el Reglamento Modelo se encuentra, como vimos, recogida en el art. 2, numeral 2, el cual expresa: “Artículo 2. numeral 2. Comete delito penal la persona que adquiriera, posea, tenga o utilice bienes a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos.” Este párrafo tiene por fuente el delito previsto en el art. 3, 1. c) i) de la Convención de Viena, siguiéndose también aquí el formulismo ya comentado sobre que la acción debe cometerse “a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional” de la procedencia ilegal. El delito consiste en adquirir, poseer, tener o utilizar dichos bienes los cuales, según la definición de “bienes” del art. 1, 1), son “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”. En lo que refiere a su texto inspirador, el art. 2, numeral 2 del Reglamento observa también dos diferencias marcadas: se agrega un verbo nuclear “tener” y no se especifica que el conocimiento deba existir “en el momento de recibir” los bienes. La primera modificación es explicativa y trata de cubrir las situaciones en que las legislaciones dan un término preciso a la voz “poseer” en el sentido civil o privatístico de la palabra “posesión”. Aparece como redundante pues todo el que posee tiene, pero no es menos cierto que la profusión de verbos típicos en este tipo de leyes (y más si se trata de Reglamentos Modelo o Reglamentos Tipo), tiene por finalidad cubrir todas las posibilidades o modalidades de acción, por lo cual el sentido de la propuesta es muy claro y no debe dar lugar a ninguna duda. El solo hecho de tener en su poder por parte de una persona, bienes de procedencia del tráfico de estupefacientes y conexos, es declarado criminal, siempre que se tuviera conocimiento o se debiera saber esta situación ilícita. La eliminación de la exigencia de que ese conocimiento exista “en el momento de recibir” los bienes, resulta sugestivamente congruente con otras normas del mismo Reglamento que permiten castigar etapas anteriores al comienzo de ejecución, con lo que la confabulación (o conspiración) para adquirir, poseer, tener o utilizar estos bienes, quedaría también atrapada en mérito al mecanismo amplificador del N.º 4 del art. 2 del Reglamento Modelo”. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: Lei de lavagem de capitais..., op.cit. pág. 161.

la determinación de bienes producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos<sup>351</sup> (los cuales aparecen descritos en los numerales 1, 2 y 3 del citado art. 2).

Con respecto a los *aspectos subjetivos* coincido con CERVINI cuando afirmamos en nuestro libro que las diferencias más importantes respecto de la fórmula de la Convención de Viena se vinculan al *elemento subjetivo* del tipo penal y a la no exigencia de una finalidad específica de ocultación o encubrimiento, además de una ampliación del ámbito de incidencia de la ley. Este autor afirma que “en cuanto al elemento subjetivo del tipo, el mismo se amplía peligrosamente a otras posibilidades diferentes del simple dolo directo, ya que el delito se puede cometer a sabiendas, pero también “debiendo saber o con ignorancia intencional”. La expresión “debiendo saber” coloca el juicio en la cabeza del Juez. Es éste al juzgar la conducta, el que debe apreciar, según lo que enseña la común experiencia, de acuerdo a los criterios de un hombre medio, si el sospechoso, al tiempo del acto, “debía saber” que los bienes convertidos o transferidos eran producto de un delito de tráfico o conexos. Recuerda Langon que el giro “ignorancia intencional” fue introducido para lograr el consenso con delegaciones procedentes de países de derecho anglo-sajón, pues esta expresión, equivalente a la del “debiendo saber”, se adaptaría mejor a su jurisprudencia y tradiciones. El ejemplo manejado fue el siguiente: el propietario de una empresa de aviones de alquiler que no toma las medidas adecuadas para conocer las rutas, los arrendatarios y la carga que se llevará en sus aparatos, habría preferido no saber que se llevaba pongamos por caso un cargamento de coca a un aeropuerto clandestino, lo que configuraría un típico caso de “ignorancia intencional”. Se ha señalado que toda la teoría de los delitos de omisión, y en especial lo que refiere a la posición de garante de ciertas personas, respecto a la incolumidad del bien jurídico cubren con holgura esta situación, por lo que al menos en

---

<sup>351</sup> Con respecto a esta modalidad de delito CERVINI escribe: “la tercera modalidad del delito de lavado, se adapta a lo que hemos denominado delitos de lavado, en sentido amplio y se encuentra recogido en el art. 2. 3, el cual expresa: “Artículo 2 numeral 3. Comete delito penal la persona que oculte, encubra o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos.” Esta norma encuentra su fuente en la Convención de Viena en su art. 3 1. b) ii). La acción punible la comete la persona (en el sentido desmesuradamente amplio del Reglamento Modelo) que “oculte, encubra, o impida la determinación” real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas, o con ignorancia intencional de que son procedentes del tráfico ilícito. Se agrega con finalidad presuntamente aclaratoria la expresión relativa al “impedimento de la determinación de los bienes”. Se dice quien impide oculta o encubre, por lo que la disposición busca excluir todo tipo de interpretación o argucia que busque, en los intersticios de la ley, eludir el castigo.” Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: *Lei de lavagem de capitais...*, op.cit. pág. 162.

lo que respecta a los países de tradición continental europea la fórmula “debiendo saber” alcanza y sobra a los fines buscados. La ampliación que comentamos, dispuesta en el Modelo elaborado por la CICAD es de extrema importancia, especialmente en lo que refiere a los Bancos y empresas financieras, destinatarios final de este “mensaje normativo”. Estas entidades, cuyas actividades de acuerdo al texto del Reglamento deberán ser reguladas con minuciosidad, constituirán el sujeto natural respecto del cual se podrá suponer que en el decurso de su actividad y desde su posición privilegiada “debieron conocer” aplicando un mínimo de celo en su trabajo, la procedencia ilegítima o no de los bienes. Se expresa que si deben conocer es porque tienen una obligación y un deber concreto de conocer, el cual derivaría de la profesión que se ejerce, del régimen de autorizaciones y licencias bajo el que funciona la entidad y de un contrato de un hacer precedente. Todo ello como es lógico, sin perjuicio de la prueba en contrario que destruya la presunción de conocimiento impuesta por la ley, lo que involucra una criticable inversión de la carga de la prueba. En puridad, subraya Langon, lo que podría probar el indagado no es que no sabía, sino que no debía saber, que respecto de su persona no existía para el caso concreto una obligación de garantizar la seguridad del bien jurídico protegido. La otra modificación respecto de lo dispuesto por la Convención es no exigir una finalidad específica de ocultación o encubrimiento, bastando el convertir o transferir a sabiendas o debiendo conocer para perfeccionar la figura, sean cuales sean los motivos, intenciones o finalidades del actor. También esta solución legal contraría las bases del dogma penal garantizador.”<sup>352</sup>

---

<sup>352</sup> Cfr. CERVINI, R., TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.: Lei de lavagem de capitais..., op.cit. pág. 160-161. Sobre este asunto, CERVINO concluye con buena dosis de razón que: “dentro del art. 2, debe señalarse un preocupante numeral 5 que establece que “el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos previstos en este artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”. De acuerdo a esta discutible norma, los jueces tendrán elementos de común experiencia para poder determinar si el sujeto sabía o debía saber el origen espurio de los bienes de que se trata. Harán un juicio de razonabilidad y no quedarán aherrojados por las declaraciones de los indagados, los cuales difícilmente admitirán que actuaron como *mens rea*. En teoría, los ajusticiables tendrán oportunidad de probar su desconocimiento efectivo, recayendo sobre ellos la carga de la prueba de su inocencia (clara inversión de la carga de la prueba). Se ha dicho que esta norma no vulnera el principio de inocencia por cuanto solo cuando existan indicios poderosos de culpabilidad, de acuerdo a circunstancias objetivas realmente existentes en el caso, los jueces podrán inferir el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas por la ley y que cuando ello ocurra, el indiciado podrá destruir esa inferencia, acreditando fehacientemente su ignorancia, su falta de intención o su falta de intención criminal. No compartimos esta tesisura.”



En América existen *otros ámbitos* en los que han surgido iniciativas para enfrentar el problema del blanqueo de capitales, así referidas por BLANCO CORDERO<sup>353</sup>:

- a) En el Caribe existe el *Grupo de Acción Financiera del Caribe* (CFATF *Caribbean Financial Action Task Force*) constituido durante la Conferencia Caribeña sobre el Blanqueo de capitales procedentes de la Droga que tuvo lugar en Oranjestad (Aruba) del 8 al 10 de junio de 1990. Este grupo ha adoptado las 40 recomendaciones del GAFI y ha formulado otras 21 recomendaciones adicionales.
- b) En Centroamérica, las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá forman parte de un grupo que ha firmado en 12 de junio de 1997 el *Convenio Centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*. Este instrumento pretende armonizar las legislaciones de los países centroamericanos con la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y con el Modelo de Legislación sobre el Blanqueo de Dinero y el Decomiso en Materia de Drogas del Programa de Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID) de 1995. Un punto destacable de este documento es la obligación de tipificación del blanqueo de capitales

---

<sup>353</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo de Capitales, ob. cit.*, pág. 139.

prevista en el artículo 2 del Convenio, reiterando los términos de la Convención de Naciones Unidas de 1988 sobre drogas<sup>354</sup>.

- c) En América del Sur las iniciativas más significativas parten del llamado MERCOSUR (Mercado Común del Sur), unión que es semejante al mercado común europeo. Este grupo está formado por Argentina, Brasil, Paraguay (y otros países asociados). Se creación remonta al año 1991 con la firma del Tratado de Asunción. Los objetivos perseguidos por esta unión de países se parecen a las metas establecidas por Europa en la lucha contra el terrorismo y el blanqueo de capitales. Con fundamento en la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre países, se busca una progresiva armonización de legislaciones para lograr el fortalecimiento del proceso de integración. Esta unificación de estrategias ha posibilitado en los últimos años que las legislaciones de los países miembros en materia de blanqueo de capitales haya alcanzado un cierto nivel de armonía y semejanza. En el año 2000 se aprobó en Brasilia una Resolución sobre Pautas de regulación mínima a ser adaptadas por los bancos centrales para la prevención y represión del lavado de dinero. En este documento se enumeran una serie de recomendaciones a los Bancos Centrales a efectos de prevenir y reprimir situaciones que puedan poner

---

<sup>354</sup> BLANCO CORDERO subraya que así se castiga: “Convertir o transferir recursos o bienes, con conocimiento de que proceden, directa o indirectamente, del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas o delitos conexos, para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos a quien haya participado en la comisión de uno de estos delitos. 2. Contribuir a ocultar o encubrir la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad verdadera de recursos, bienes o derechos relativos a ellos, previo conocimiento de que proceden directa o indirectamente del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas o delitos conexos. 3. Adquirir, poseer o utilizar bienes, sabiendo que derivan del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas o delitos conexos o de la participación en uno de esos delitos.» Como se puede apreciar, característica importante de este Convenio es que limita el delito de lavado a los delitos relativos a las drogas o delitos conexos. Y ello, tal y como indica el art. 3, relativo a la competencia, aun cuando tales delitos relativos a las drogas o delitos conexos se hayan cometido en otra jurisdicción territorial distinta a la del Estado que conoce del lavado. No acoge este Convenio, por tanto, las modernas tendencias en la materia que proponen su ampliación a otros delitos, fundamentalmente delitos graves y conectados con el crimen organizado. Además, no hace mención al castigo de las conductas de participación (inducción, complicidad...) ni a las formas imperfectas de ejecución (tentativa o actos preparatorios). Con todo, la definición del segundo grupo de conductas, las consistentes en ocultar o encubrir, es realmente amplia. En efecto, castiga «contribuir a ocultar o encubrir», lo que podría abarcar tanto conductas de participación como formas imperfectas. Por último, creo criticable que no se haga mención a la cláusula de salvedad respecto de determinados comportamientos, fundamentalmente respecto de los lis dos en el núm. 3. Desaparece la cláusula de reserva, de forma que no existe la distinción entre conductas de obligada sanción, y aquellas condicionadas a los principios constitucionales y conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado. Todas las conductas recogidas en el art. 2 son de obligada punición por los Estados miembros” Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de Capitales... , ob. cit., pág. 165.

en riesgo el sistema económico-financiero del bloque de países. Se ha suscrito la creación del GAFISUD (órgano semejante a otros institutos de integración regional) y han aflorado importantes iniciativas en el campo de la cooperación internacional<sup>355</sup>.

Por fin, creo que es muy importante mencionar que el Reglamento Modelo americano también menciona la *financiación del terrorismo* en su artículo 3, tema que es central para este trabajo de investigación. Sobre este punto cabe subrayar que nuevamente los temas “blanqueo de capitales/financiación del terrorismo” están imbricados y ocupan el mismo espacio, siendo tratados bajo la misma perspectiva político-criminal.

Así se expresa el documento:

“Artículo 3 - FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO:

1. Comete delito penal la persona que, de cualquier forma, directa o indirectamente, recolecta, ofrece, pone a disposición, provee o entrega bienes o servicios con la intención de, o a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que los bienes o servicios serán utilizados en todo o en parte para favorecer, facilitar, promover o cometer actos de terrorismo o favorecer, facilitar o promover organizaciones terroristas

Constituyen circunstancias agravantes:

a) Que se ofrezca recompensa o se recompense la comisión de cualquier acto terrorista con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales.

b) Que se ofrezca compensación o se compense a terceros por la muerte o lesiones de la persona que comete o participa en un acto terrorista o que esta en prisión como resultado de dicho acto.

---

<sup>355</sup> BLANCO CORDERO destaca que el Convenio de Cooperación entre los Bancos Centrales de los Estados Partes del Mercosur para la prevención y represión de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas contiene disposiciones que establecen canales de cooperación entre los Bancos Centrales que les permiten intercambiar información a efectos de detectar eventuales movimientos ilegales de fondos; sobre cooperación en la investigación de actividades u operaciones de blanqueo y sobre la posibilidad de compartir experiencias y metodologías para prevenir e impedir el blanqueo de capitales. También existe una Comisión de prevención del lavado de dinero y del financiamiento del terrorismo (BCRA), que es la encargada de coordinar de manera permanente entre los Estados miembros la normativa y los procedimientos de control dirigidos a impedir la utilización del sistema financiero para el desarrollo de maniobras de lavado de dinero o de financiamiento del terrorismo. Cfr.: BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de Capitales..., ob. cit., pág. 166.

c) Que quien incurre en cualquiera de las conductas descritas en el inciso 1 de este Artículo tenga la calidad de funcionario público.

2. Comete delito la persona que participe, se asocie, conspire, intente, ayude, facilite, organice, dirija a otros a cometer, asesore o incite en forma pública o privada la comisión de cualquiera de los delitos tipificados en este Artículo, o quien ayude a una persona que haya participado en dichos delitos a evadir las consecuencias jurídicas de sus actos.

3. Las conductas descritas en este Artículo constituirán un delito penal aun cuando los actos terroristas no hayan sido realizados o la asistencia a los terroristas no haya sido brindada.

4. El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de los delitos previstos en este Artículo, así como que los bienes y los instrumentos están relacionados con actividades terroristas, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

5. Los bienes recolectados, ofrecidos, puestos a disposición, proveídos o entregados en la comisión de uno de los delitos referidos en este Artículo se consideraran producto del delito y los bienes que fueran utilizados para su comisión, se consideraran los instrumentos del mismo”.

#### **2.4. Especial referencia al panorama legislativo del blanqueo y estado de la cuestión en Brasil**

Los principales aspectos que se pueden abordar para que exista una comprensión general del estado de la cuestión relativa al blanqueo de capitales en Brasil son los siguientes: 1. La tipicidad del delito de blanqueo de capitales; 2. El bien jurídico protegido; 3. La tipicidad objetiva; 4. La tipicidad subjetiva; 5. El agente del delito de blanqueo; 6. El concurso de delitos; 7. La consumación y clasificación del tipo; 8. Las conductas típicas equiparadas al blanqueo; 8.1. La tipicidad objetiva de las conductas equiparadas; 8.2. La tipicidad subjetiva de las conductas equiparadas; 9. Algunos aspectos procesales relacionados al delito de blanqueo de capitales; 10. Los bienes relacionados con el delito de blanqueo de capitales; 11. Los efectos de la sentencia penal en el ámbito del lavado de dinero; 12. Los bienes, derechos o valores relacionados

con delitos practicados en el extranjero; 13. El blanqueo en relación con el delito de terrorismo y su financiación; 14. El blanqueo y sus relaciones con la criminalidad organizada.

Enseguida iremos describir algunos de tales aspectos como forma de ilustrar la realidad del tema en Brasil.

#### **2.4.1. Tipicidad del delito de blanqueo de capitales**

El delito de blanqueo de capitales en Brasil está previsto en la Ley Federal 9.613/98, y a semejanza de lo que ha pasado en otros países su redacción original ha sido inspirada en los estándares internacionales que hemos mencionado, principalmente los documentos de Naciones Unidas, las Recomendaciones del GAFI y la legislación de otros Estados. Tal legislación ha sufrido importantes transformaciones en la última década, cambiando para adaptarse a la política-criminal internacional sobre la materia. Este proceso de reforma legislativa ha sido llevado a cabo por cuatro leyes posteriores (10.467/02, 10.683/03, 10.701/03 y 126.83/12) que han ampliado gradualmente el ámbito de incidencia de la norma penal ya que la última modificación permitió que el delito de blanqueo de capitales pueda alcanzar a cualquier infracción penal antecedente (sean delitos o faltas)<sup>356</sup>.

A continuación describiremos el estado de la cuestión en Brasil, tanto en el campo de la doctrina penal como en relación a los principales aspectos legislativos que pueden interesar en esta materia, para así ofrecer un panorama bastante completo de esta temática en el país.

En lo que se refiere al tipo penal brasileño, su redacción es la siguiente:

*Art. 1º Ocultar o disfraçar a natureza, origem, localização, disposição, situação ou propriedade de bienes, direitos ou valores derivados directa ou indirectamente de la infracción penal.*

---

<sup>356</sup> En la doctrina de penal de Brasil y sobre este aspecto se pueden mencionar las monografías de: a) MOUGENOT BONFIM, M.: *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Ed. Malheiros, año 2005; b) CALLEGARI, A. L.: *Imputação Objetiva – Lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; c) DE CARLI, C. V.: *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

Las penas para este delito son altas. El mínimo de pena es de 3 años de prisión y el máximo puede llegar hasta los 10 años, que se acumulan a importantes penalidades pecuniarias (multas) y al decomiso de bienes.

#### **2.4.2. Bien jurídico protegido**

Como ocurre en la doctrina internacional, el tema del bien jurídico también es muy polémico y debatido en el ámbito académico y científico brasileño, no existiendo hasta el momento un consenso acerca de su naturaleza. Este debate internacional, cuyos contornos tendremos ocasión de analizar en detalle en el capítulo siguiente, se reproduce en Brasil, existiendo diferentes posturas y distintas conclusiones respecto a tal cuestión.

Este escenario es el resultado de una sociedad que también está bajo significativos procesos de cambio. Brasil es una joven democracia y tiene un sistema legal que está siendo renovado desde la edición de su nueva Constitución del año 1988.

Algunos componentes de este debate han sido destacados por Alexis COUTO DE BRITO de la siguiente forma: “es cierto que la vida en sociedad, como resultado de la naturaleza social de los seres humanos, supone que aquella debe ser protegida en cuanto auto-realización interpersonal de sus miembros. Esta auto-realización necesita unas condiciones previas existenciales que, al tener beneficios para el hombre, se llaman “bienes”, y al ser objeto de una protección legal, son “bienes jurídicos”. Sin embargo, esto no se limita al ámbito criminal. Decir que la ley penal protege bienes jurídicos no añade nada para desentrañar su función, pues todas las ramas del Derecho protegen bienes jurídicos. Tampoco es suficiente simplemente añadir criterios tales como la subsidiariedad para justificar la incidencia criminal. La subsidiariedad debe ser un objetivo de exclusión dentro de un discurso particular, dado que la decisión acerca de la intervención del Derecho penal no se puede limitar al valor o grado de eficacia de otros órdenes normativos”<sup>357</sup>.

Entre las corrientes de pensamiento más destacadas acerca del bien jurídico en el país se puede mencionar:

---

<sup>357</sup> Cfr. COUTO DE BRITO, A.: Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal. En: Revista Penal México. n° 6, marzo-agosto de 2014, pág. 48.

a) Existen autores que entienden que el bien jurídico del "blanqueo" es el mismo bien protegido por el delito anterior. Esta corriente estaba muy presente al comienzo de la penalización del lavado por la influencia de autores italianos y españoles, y se acerca a la doctrina del delito de receptación. En el análisis de MARTINELLI, habría una violación del papel político criminal de la teoría del bien jurídico en ese caso. En su ejemplo, en el delito de tráfico de drogas, sería la salud pública la afectada por el delito de blanqueo: "A la práctica de tráfico de drogas, desde la doctrina mayoritaria, el agente crea un riesgo para la salud pública, ya que este es el bien protegido. Bueno, si la propia ley reconoce que el simple acto de tráfico ya es perjudicial para la salud pública, no puede el blanqueo alcanzar el mismo bien"<sup>358</sup>.

b) Por otro lado, hay autores que defienden la idea de que el bien jurídico es la Administración de Justicia<sup>359</sup> en razón de las dificultades que el blanqueo impone a la persecución penal y al impedimento en la revelación del origen y naturaleza de los bienes originados por la comisión de delitos antecedentes. En este sentido, la doctrina entiende que el blanqueo sería una forma especial del delito de favorecimiento real<sup>360</sup>. La crítica que se ofrece con esta teoría está basada en el argumento de que ya existe el delito de favorecimiento real en el código penal brasileño, y la coexistencia de las dos tipificaciones implica un *bis in ídem* además de presentar dudas en el campo de la teoría del bien jurídico. En este sentido, problemas de orden sistemático impedirían la coexistencia de ambos tipos penales, aunque los críticos a esta postura reconozcan que el delito de blanqueo contribuye a una mayor protección de los intereses de la Administración de la Justicia mediante la amenaza de penas importantes.

c) Para otro sector de la doctrina, el bien jurídico es la salud económica y financiera del país<sup>361</sup> o el orden socioeconómico<sup>362</sup>. Esta postura es defendida por autores de gran calado como PITOMBO, quien entiende que el bien jurídico es esencialmente el orden socioeconómico. Desde esta perspectiva, el blanqueo de bienes y

---

<sup>358</sup> Cfr. MARTINELLI, J. P.: *Lavagem de Dinheiro: Análise crítica do bem jurídico*. Jundiaí: *inhouse*, 2011, pág. 75.

<sup>359</sup> Cfr. TIGRE MAIA, R.: "Lavagem" de Dinheiro. São Paulo: Malheiros, 1999, p.57; PODVAL, R.: *Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial*. En SILVA FRANCO, A. y STOCO, R. (coord.). São Paulo: Ed. RT, 2002, pág. 2100.

<sup>360</sup> Cfr. DELMANTO, R.: *Leis Penais Especiais Comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 551.

<sup>361</sup> Cfr. ANTONIO DE BARROS, M.: "Lavagem" de capitais e obrigações civis correlatas. São Paulo: Ed. RT, 2004, pág. 99.

<sup>362</sup> Cfr. MORAES PITOMBO, A. S.: "Lavagem" de Dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Ed. RT, 2003, pág. 77; REGIS PRADO, L.: *Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório*, en: REGIS PRADO, L. (coord.). *Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo, Ed. RT, 2007, pág. 248.

valores podría comprometer el mercado lícito, favoreciendo la competencia desleal, la eliminación de la entrada de capital extranjero en el país y la promoción de la corrupción en actividades comerciales y financieras. También de acuerdo con este autor, los intereses representados por el orden socioeconómico "son los valores constitucionales fundamentales de referencia (libertad de empresa, la propiedad, la protección del consumidor, entre otros), que sufren violaciones, en ciertas circunstancias graves, por lo que son dignos de la intervención del derecho penal"<sup>363</sup>. Pienso que esta es una postura que guarda cierta coherencia con nuestra manera de ver la cuestión (como tendremos ocasión de exponer más adelante) con la salvedad de que creemos que el delito de blanqueo tiene un carácter *pluriofensivo*, no resumiendo su ámbito tan solo al orden socioeconómico<sup>364</sup>.

d) Por fin existen aquellos que encaran el bien jurídico desde la perspectiva de un delito esencialmente pluriofensivo, complejo, que implica la conjunción de ámbitos de protección distribuidos entre el orden económico, el sistema financiero, la política fiscal, la paz pública y la administración de justicia<sup>365</sup>. Esta postura está muy difundida en la doctrina, pero los argumentos que se utilizan para defenderla no son uniformes ni suelen abordar la cuestión relativa a las diferencias entre bien jurídico inmediato y mediato o su instrumentalidad<sup>366</sup>.

#### 2.4.3. Tipicidad objetiva

El tipo penal de blanqueo de capitales en la legislación brasileña está centrado en torno a dos verbos: *ocultar* y *disfrazar*. Estas conductas guardan semejanzas, y ambas significan omitir algo, intencionadamente o de manera fraudulenta. En este sentido, *ocultar*<sup>367</sup> significa encubrir, y *disfrazar* significa disimular, esconder, aparentar

---

<sup>363</sup> Cfr. MORAES PITOMBO, A.S.: "Lavagem" de Dinheiro..., op.cit., pág. 93.

<sup>364</sup> Este tema será objeto de amplio estudio más adelante.

<sup>365</sup> Cfr. SOUZA NUCCI, G.: *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. São Paulo: Ed. RT, 2007, pág. 717.

<sup>366</sup> Análisis que será realizada el segundo capítulo de esta tesis.

<sup>367</sup> Una de las más difundidas sentencias de la jurisprudência del Tribunal Supremo de Brasil afirma: "Lavagem" de dinheiro: L. 9.613/98: caracterização. O depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de "lavagem" de capitais" mediante ocultação da origem, da localização e da propriedade dos valores respectivos (L. 9.613, art. 1º, caput): o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada "engenharia financeira" transnacional, com os quais se ocupa a literatura". (RHC 80816,



algo que no es, borrar los vestigios de ilicitud de la conducta y el camino del dinero ilícito.

En Brasil la doctrina denomina el tipo penal como *alternativo*, que consagra la incidencia del principio de alternatividad de la conducta (se considera practicado tan sólo un delito aunque exista más de una conducta típica de ocultación o disimulación de bienes). En consecuencia, tanto la jurisprudencia como la doctrina han considerado de que existe solamente un crimen si hay pluralidad de bienes blanqueados, derivados de un solo delito antecedente<sup>368</sup>.

Para la doctrina brasileña el *caput* del artículo 1º describe la fase inicial o el llamado blanqueo directo (primario) y a su vez el § 1º dispone sobre el llamado blanqueo indirecto (secundario o paralelo)<sup>369</sup>. Hay consenso científico sobre la necesidad de pruebas sobre la ocultación o el encubrimiento de bienes, derechos o valores del delito antecedente como una *acción dolosa* e independiente. La doctrina también se decanta por entender que la mera posesión de bienes, el disfrute, o la acción de gastar el dinero o producto del delito no pueden ser conductas clasificadas como blanqueo<sup>370</sup> pues se entiende que es natural la intención de utilizar los provechos del delito en el futuro, aunque sean ilícitos. Sin embargo, el comportamiento de ocultar y disimular bienes puede dar ocasión a responsabilidades penales en el campo de las

---

Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 18/06/2001, DJ 18-06-2001 PP-00013 EMENT VOL-02035-02 PP-00249).

<sup>368</sup> Cfr. TIGRE MAIA, R.: “Lavagem” de Dinheiro..., op.cit., pág. 65.

<sup>369</sup> Cfr. ANTONIO DE BARROS, M.: “Lavagem” de capitais ..., op.cit. pág.190.

<sup>370</sup> Una de las sentencias más importantes sobre este tema dice: “LAVAGEM” DE DINHEIRO PROVENIENTE DE ATIVIDADE ILÍCITA (TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE) – LEI N. 9.613/98. PROVA. não caracterização do delito. absolvição mantida. Para a caracterização do crime estampado no artigo 1º, I, da Lei n. 9.613/98, há que ser feita prova de que os réus efetivamente ocultaram ou dissimularam a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime de tráfico ilícito. No caso presente, os réus limitaram-se a adquirir alguns bens com valores da atividade ilícita. Não procuraram, contudo, dissimular ou ocultar. Não realizaram a conduta típica de “lavagem”. A mera aquisição de alguns bens em nome próprio não tem o condão de presumir a realização do tipo penal em questão, que apresenta complexidade e intenção não subsumidas na conduta dos recorridos. A condenação pelo delito do art. 12 da Lei n. 6.368/76, caso dos réus, não implica, *ipso facto*, a condenação também por “lavagem”. Assim, inprobatos os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal incriminador, forçosa é a absolvição dos recorridos. APELO IMPROVIDO”. (TJRS, Apelação Crime nº 70012131934. Sexta Câmara Criminal. Julgado em 16.03.2006).

falsedades, de la estafa, y de la malversación de bienes, siempre de acuerdo con el dolo del agente<sup>371</sup>.

En la doctrina destaca la idea de que tales conductas son *permanentes*, es decir, en cuanto los bienes, derechos o valores se encuentren ocultos o disimulados, el autor está cometiendo un delito. Esta circunstancia es relevante en la práctica, y tiene reflejo en la persecución penal, pues permite la detención del agente en flagrante, lo que acontece frecuentemente en Brasil.<sup>372</sup> Sobre este aspecto es posible afirmar que la asignación de la permanencia se debe a la interpretación de que el verbo ocultar es coincidente con el del tipo penal de receptación, razón por la cual se entiende que mientras el agente disfraza o encubre bienes seguirá cometiendo el delito, dando continuidad a una situación antijurídica que autoriza la incidencia de la norma penal. Sin embargo, algunos critican esta interpretación argumentando que el blanqueo sigue varias *fases* o métodos, razón por la cual ciertos sectores de la doctrina y la jurisprudencia consideran que estamos ante comportamientos equivalentes, y si el bien el derecho o el valor se ha transformado en algo aparentemente legal, no puede hablarse de una permanencia criminal porque “convertir” es una conducta instantánea. Por lo tanto, el propósito del “lavador” no es sólo ocultar o disfrazar, pues su intención es transformar bienes para que vuelvan a entrar en el mercado lícitamente, situación que eliminaría la permanencia de la conducta.

En lo que se refiere al *delito antecedente*, es destacable que siguiendo el ejemplo de la legislación antiblanqueo comparada, donde el sistema de listas ha sido gradualmente ampliado y después sustituido por formas amplias, Brasil ha incorporado una *amplia tipificación* que alcanza cualquier infracción antecedente. Esta opción ha tenido consecuencias reflejas que todavía no están claras ni definidas en la jurisprudencia. Por otro lado, en razón de no tener un listado de delitos antecedentes en el tipo penal, la aplicación del artículo ha abierto una polémica sobre su concomitancia con las diversas modalidades de favorecimiento.

---

<sup>371</sup> “PECULATO. Cometem o crime previsto no art. 312 do CP os funcionários públicos que se apropriam indevidamente de dinheiro do qual tinham a posse em razão do cargo. Condenação mantida. LAVAGEM DE DINHEIRO. A entrega de cheques relativos à apropriação indevida de dinheiro público a terceiros para saque imediato ou depósito em conta corrente, a fim de dissimular a origem ilícita, constitui-se em crime-meio para a consecução do peculato, sendo por este absorvido. Sentença confirmada”. (TJRS, Ap. Crim. nº 70017736182. Relator: Des. Constantino Lisboa de Azevedo. Julgado em 17.04.2008).

<sup>372</sup> Cfr. ANTONIO DE BARROS, M.: “Lavagem” de capitais ..., op.cit., pág. 104.

Es importante apuntar que el actual sistema legislativo alcanza cualquier infracción penal antecedente (delitos y faltas), algo que es muy diferente de la antigua redacción del artículo 1º, que antes presentaba una lista exhaustiva de crímenes antecedentes. En el sistema anterior la postura mayoritaria defendía que siempre era posible la punición por el blanqueo de los beneficios del delito antecedente<sup>373</sup>. Los cambios de sentido en la legislación han representado una expansión del Derecho penal en esta materia y han generado un intenso debate en la doctrina actual.

El abandono del sistema de listas de crímenes antecedentes ha permitido iniciativas en el sentido de que sea posible la persecución penal de los beneficios que proceden del delito de evasión de impuestos, comportamiento que ha pasado a ser considerado como un antecedente del blanqueo<sup>374</sup>. Igual debate se ha abierto sobre las relaciones entre el delito fiscal y el blanqueo de capitales, tema que tendremos ocasión de abordar con más detalles posteriormente.

Sobre este polémico asunto, el gobierno mantiene una histórica postura contraria a la criminalización de la evasión de divisas y del delito fiscal como delitos antecedentes del blanqueo. Intereses conectados a la regularización tributaria impulsan claramente esta postura, y tienen fuerte impacto sobre la política-criminal. Por ejemplo, la Presidencia de la República, por medio del Ministro de Justicia, ha manifestado su opinión en la redacción de la exposición de motivos de la Ley 692 de 18/12/96, que acompañó el proyecto de ley, y la posición del Ministerios de la Justicia, Finanzas, Relaciones Exteriores y la Casa Militar de la Presidencia:

*Tenga en cuenta que el blanqueo de capitales se caracteriza por la introducción en la economía de bienes, derechos o valores derivados de una actividad ilegal y que*

---

<sup>373</sup> Redação revogada: “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo e seu financiamento;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante sequestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VII - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal)”.

<sup>374</sup> Com argumentos neste sentido, conferir CASTILHO, V.: Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro, in: REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo. RT, Ano 12, nº 47, pág. 51-52.

*representa, en el momento de sus resultados, un aumento del patrimonio del agente. Por eso que el proyecto no incluye entre los delitos aquellos delitos que no tienen la agregación a los activos del agente, de nuevos bienes, derechos o valores, tales como la evasión de impuestos. El núcleo de este tipo constituye la conducta de no cumplir con la obligación tributaria. No hay, debido a su práctica, el aumento del patrimonio del agente con la adición de nuevos valores. No, más bien el mantenimiento activo existente debido a la falta de pago de la deuda tributaria. Sería poco razonable si el proyecto incluyera en el nuevo delito penal – blanqueo de capitales – la compra de valores en el mercado financiero por los que no cumplen la obligación tributaria. Está claro que esta transacción supone el uso de recursos propios que no se originan en un ilícito.*

La jurisprudencia anterior ha abrazado esta idea, pero en la actualidad esta postura está cambiando hacia la admisión del blanqueo en los casos de evasión de divisas y ya han surgido sentencias condenatorias por blanqueo relativo a delitos fiscales antecedentes<sup>375</sup>. Sobre este tema hablaremos con profundidad en los próximos apartados.

Otro aspecto importante está relacionado con la *ilicitud* de los bienes. La conducta fundamental descrita en el *caput* del artículo 1º de la Ley Especial antiblanqueo consiste en ocultar o encubrir bienes, derechos y valores que provienen directa o indirectamente de una infracción penal. Este diseño legislativo obliga al Estado a probar la ilicitud de los bienes. Por consiguiente, es deber de la fiscalía demostrar durante la investigación penal el origen delictivo (ilícito) de los bienes para que se pueda iniciar el proceso penal mediante una acusación formal basada en la adecuación típica de la conducta al tipo penal de blanqueo de capitales<sup>376</sup>.

En el campo de la tipicidad objetiva también destaca la independencia del delito antecedente, pues la ley es clara al proclamar tal autonomía del delito de blanqueo

---

<sup>375</sup> La Sentencia que representa esta firme postura de la jurisprudencia es la siguiente: “*HABEAS CORPUS*. delito – lavagem de dinheiro. atipicidade da conduta. Imputação baseada no crime antecedente de sonegação fiscal – Inexistência de suporte legal, pois, os crimes contra a ordem tributária não estão elencados nas hipóteses de delitos antecedentes possíveis para a ocorrência da chamada lavagem de capitais previstas no artigo 1º da Lei 9.613/98, cuja enumeração é taxativa. Também, inviável a imputação pela existência de ‘Organização Criminosa’ visando à realização de crimes contra a ordem tributária, pois, se trata de figura ainda não definida em nosso ordenamento penal, sob pena de violação ao princípio da reserva legal. Ordem concedida, determinando o trancamento da ação penal relativamente ao 6º fato descrito na inicial acusatória. Ordem estendida aos demais co-denunciados”. (TJRS, HC nº 70006826143. Relator Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak. Câmara Especial Criminal. Julgado em 23.09.2003).

<sup>376</sup> Cfr. SERGIO PITOMBO, A.S.: “Lavagem” de Dinheiro..., op.cit., págs. 131-132.

frente a los delitos antecedentes, incluso si no hay procesamiento y juicio por el delito anterior. Esta interpretación está prevista en el artículo 2 de la Ley Especial antiblanqueo<sup>377</sup> y tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que no puede existir el delito de blanqueo sin que exista un delito antecedente, pues este es un elemento normativo del delito de lavado de dinero. En el caso de que no exista una evidencia indiscutible acerca de la existencia del delito anterior, se puede establecer una cuestión prejudicial que acabe por reconocer que la conducta del agente es atípica.

Otro punto muy destacado por la doctrina<sup>378</sup> consiste en la posibilidad de reconocer la responsabilidad penal por el delito de blanqueo aunque se exima de pena al autor del delito antecedente<sup>379</sup>. Sin embargo la doctrina advierte que existen situaciones de exclusión de la tipicidad o antijuridicidad del delito previo que pueden ejercer influencia en el delito de blanqueo causando su atipicidad<sup>380</sup>. En palabras de BARROS "no se puede hablar de la aplicación de las sanciones establecidas por la Ley de blanqueo si nos se demuestra la existencia del delito antecedente con el que tenga conexión"<sup>381</sup>.

#### 2.4.4. Tipicidad subjetiva

En lo que se refiere al aspecto subjetivo, el blanqueo de capitales en Brasil se considera un delito doloso. No se admite la forma culposa o imprudente como ocurre en otros países, incluso en España. No obstante, existe un intenso debate sobre la cuestión del dolo eventual en este delito. Parte de la doctrina admite el dolo eventual (esta es nuestra opinión<sup>382</sup> y la de MAIA<sup>383</sup>) mientras otro sector doctrinal no lo admite (BARROS<sup>384</sup>, PODVAL<sup>385</sup>, PITOMBO<sup>386</sup>) bajo el argumento de que la intencionalidad

---

<sup>377</sup> Así se expresa el legislador: "art. 2.: A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente."

<sup>378</sup> Defendido por PITOMBO (en "Lavagem" de Dinheiro..., op.cit., pág. 118) cuando analiza sistemáticamente las disposiciones del artículo 2, apartado 1 de la Ley Especial Antiblanqueo.

<sup>379</sup> Cfr. SERGIO PITOMBO, A.S.: "Lavagem" de Dinheiro..., op.cit., págs. 118-119.

<sup>380</sup> Cfr. SERGIO PITOMBO, A.S.: "Lavagem" de Dinheiro..., op.cit., págs. 120-121.

<sup>381</sup> Cfr. ANTONIO DE BARROS, M.: "Lavagem" de capitais..., op.cit., págs. 95-96.

<sup>382</sup> Cfr. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul; TERRA DE OLIVEIRA, W.: Lei de "lavagem" de capitais. São Paulo: Ed. RT, 1998, pág. 328.

<sup>383</sup> Cfr. TIGRE MAIA, R.: "Lavagem" de Dinheiro..., op.cit., pág. 88.

<sup>384</sup> Cfr. ANTONIO DE BARROS, M.: "Lavagem" de capitais..., op.cit., pág. 101.

<sup>385</sup> Cfr. PODVAL, R.: Leis Penais Especiais..., op.cit., pág. 2103;

<sup>386</sup> Cfr. SERGIO PITOMBO, A.S.: "Lavagem" de Dinheiro..., op.cit., pág. 137.

requerida en esconder y ocultar, no permite la asunción de riesgos ni la necesidad de conocer los crímenes antecedentes (la necesidad de conocer la naturaleza ilegal del bien no puede ser presumida). Otro argumento en contra del dolo eventual insiste en la afirmación de que la conducta de esconder y ocultar asume un conocimiento recubierto acerca de la fraude, lo que lleva a la conclusión de que no se puede ocultar o encubrir algo de cuyo origen ilícito no se tiene conocimiento. En otras palabras, para "lavar" algo, uno debe saber desde el principio que su conducta es capaz de producir el resultado final y convertir algo ilegal en legal. Por otro lado, la doctrina no admite el dolo posterior (el posterior descubrimiento de que el bien que fue introducido en el sistema financiero era producto de un delito) pues no existe en el sistema penal nacional una obligación jurídica general de evitar el blanqueo<sup>387</sup>.

El dolo en los delitos de blanqueo (simples o agravados) debe ser actual y directo pero alcanza a todos los que de alguna manera han intervenido en alguna de las fases del blanqueo, aunque de manera accesorio o secundaria<sup>388</sup>.

Ciertos penalistas abogan por la necesidad de que el blanqueo sea una figura penal muy restrictiva y reservada a situaciones extremas. En este sentido afirma PODVAL: "si un *marchand* vende una obra de arte, aun sabiendo que el propietario lo compró con dinero del narcotráfico no comete el delito de blanqueo, siempre y cuando absolutamente indiferente a ocultar la manera de obtener la obra, por cuanto trabaja exclusivamente con la intención de obtener ganancias. Se enfrenta a un delito de receptación"<sup>389</sup>.

#### **2.4.5. El agente del delito de blanqueo**

No se exige del autor ninguna característica especial de suerte que cualquier persona puede ser considerada autora de este tipo de delitos.

El más relevante debate que existe en la doctrina actual está relacionado con la autoría del blanqueo frente a la autoría del delito antecedente. En esta materia la doctrina está dividida. Una corriente entiende que el autor de los delitos subyacentes también puede ser considerado penalmente responsable del delito subsiguiente de blanqueo, ya sea porque no existe una prohibición legal en este sentido, ya sea porque

---

<sup>387</sup> Cfr. TIGRE MAIA, R.: "Lavagem" de Dinheiro..., op.cit., pág. 88.

<sup>388</sup> Cfr. SERGIO PITOMBO, A.S.: "Lavagem" de Dinheiro..., op.cit., pág. 144.

<sup>389</sup> Cfr. PODVAL, R.: Leis Penais Especiais..., op.cit., pág. 2102.

los bienes jurídicos protegidos por los delitos antecedentes son diferentes del protegido por el delito de blanqueo<sup>390</sup>. Algunos autores, por el contrario, insisten en que no se puede castigar al autor de los delitos antecedentes por la caracterización de *bis in idem*, porque no se puede amenazar con pena al que esconde el beneficio directo del delito que practica. A este sólo se le debe condenar por el delito antecedente. En este sentido se considera que el blanqueo es una especie de favorecimiento. Tal sector de la doctrina justifica la impunidad del autor del blanqueo frente al delito antecedente con fundamento en el artículo 349 del Código penal que no admite la doble imputación al utilizar la expresión "a excepción de los casos de coautoría y receptación"<sup>391</sup>.

Otra línea de pensamiento considera un *post factum* no punible la conducta de los que practican el delito antecedente y promueven a continuación el blanqueo directo del producto del delito<sup>392</sup>. Por medida de política criminal se reconoce que el delito antecedente es un paso necesario para un segundo comportamiento ilícito (el subsiguiente delito sería el resultado natural y esperado del primero).

No obstante, el hecho de que no exista ninguna disposición legal que prohíba el castigo del delito antecedente hace que muchos autores entiendan que no está prohibido el doble castigo. También se sostiene que la relación entre el delito precedente y el posterior de blanqueo no se corresponde con el agotamiento del delito. El argumento que maneja la doctrina para justificar el doble castigo es el mismo que se utiliza para justificar el castigo de la ocultación de cadáver como delito independiente (Código Penal, art. 211) en los casos de homicidio (Código Penal, artículo 121). Incluso si se trata del mismo agente, debido a que la ocultación no es considerada como el agotamiento del delito de asesinato. No obstante se argumenta que la expresión agotamiento tiene una aplicación dogmática bien definida en el campo de la consumación delictiva y se refiere a la estructura del tipo jurídico elegido para describir los injustos, y no como los injustos en sí. En este sentido, se habla de agotamiento cuando el tipo penal contiene, en su descripción, un hecho que podría darse como resultado directo de la conducta practicada, pero en realidad no tiene que constatarse para que se consume el delito (consumación anticipada). Así que no es un elemento

---

<sup>390</sup> Cfr. TIGRE MAIA, R.: "Lavagem" de Dinheiro..., op.cit., pág. 92; SOUZA NUCCI, G.: Leis Penais e Processuais Penais..., op.cit., pág. 715;

<sup>391</sup> Cfr. DELMANTO, R.: Leis Penais Especiais ..., op.cit., pág. 552.

<sup>392</sup> Cfr. TÓRTIMA, F. L.: Imputação do crime de Lavagem de Capitais ao Autor do Crime Antecedente. En: BITENCOURT, C. (coord.), Direito Penal no Terceiro Milênio. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2008, pág. 390; PODVAL, R.: Leis Penais Especiais..., op.cit., pág. 2102.

necesario para apreciar el tipo de homicidio el ocultamiento del cadáver objeto material de la actividad criminal, razón por la cual no puede hablarse de agotamiento del delito.

De todas formas pienso que la punición del autor del delito de blanqueo por el delito antecedente dependerá de cada caso concreto. Si el blanqueo se lleva a cabo por una organización subordinada al autor de uno de los delitos subyacentes, entonces sí podemos hablar de dos delitos. Así, por ejemplo, si el autor del delito de tráfico de estupefacientes sigue manteniendo un esquema subordinado de blanqueo de los ingresos derivados del comercio de drogas, es evidente que practica dos conductas, deliberadas e intencionalmente diferentes, razón por la cual está justificado su doble castigo<sup>393</sup>. Ahora bien, si el autor del delito anterior entrega a un tercero el producto de dicho delito para que ejecute el blanqueo, también es evidente que no debe ser castigado por la aplicación del principio *non bis in idem*<sup>394</sup>. Sin embargo hay que subrayar que la prohibición del *bis in idem* no tiene fundamento directo en la legislación de Brasil sino es un principio y un argumento de política-criminal. En el ejemplo antes citado, si el autor del delito de tráfico de drogas entrega dinero producto de su comportamiento ilegal a un especialista en blanqueo, manteniéndose cada uno en su actividad, no es necesario el castigo del lavador por el delito anterior, ni del traficante por blanqueo. Aquí no sería necesario hablar del principio de subsidiariedad. Por el contrario, se deben distinguir dos situaciones: en primer lugar, si se da la situación concreta en la que una sola acción eventualmente puede causar dos injustos valorados de manera diferente, cada uno con sus elementos típicos y ambos necesarios como parámetros de culpabilidad y aplicación de la pena - que en la doctrina brasileña se llama concurso formal - o dos o más conductas que configuren esta misma relación - llamado concurso material; la segunda: si se trata de la falsa situación en la que una o más acciones pueden ser supuestos de diversos tipos penales, pero que en realidad sólo constituirán un solo tipo, suficiente para el rechazo del injusto complejo cometido, y aquí nos encontramos ante un concurso aparente de leyes penales. Para esto, uno debe saber el fundamento dogmático de los principios y teorías diseñadas para identificar inicialmente lo que tiene que ser el

---

<sup>393</sup> Sobre la cuestión ha escrito FERRÉ OLIVÉ: Blanqueo de capitales y criminalidad organizada. En: REYNA ALFARO, L.M. Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa. Lima, Ara, 2005, pág. 862 (así “pues si entendemos, como hace parte de la doctrina, que quedan excluidos de este delito aquellos que han sido autores o cómplices del delito *grave* del que provienen los bienes, el jefe de la organización que domine el delito previo y el ‘blanqueo’ posterior, esto es, todo el desarrollo delictivo, verá limitada su responsabilidad a la que le corresponda por el primer delito”).

<sup>394</sup> En el mismo sentido MIR PUIG: Derecho Penal. Parte general, pág. 675; SOLER, S.: Derecho Penal Argentino. Buenos Aires, Tipografica, 1951, t. 2, pág. 196. PUPPE, I.: Strafrecht Allgemeiner Teil. Im Spiegel der Rechtsprechung. Baden-Baden, Nomos, 2005, pág. 298.



concurso, y lo que se convierte en aparente conflicto. Se puede hablar de conflicto cuando las acciones preparatorias y la utilización posterior se consumen como hechos previos y posteriores que quedan impunes. El hecho anterior no es punible porque la valoración de la conducta injusta es alcanzada por la posterior (por ejemplo lesiones corporales y asesinato) y la posterior quedará sin castigo al suponer una conclusión lógica de la anterior (por ejemplo, robar la comida y luego comer). Estos principios - especialidad, subsidiariedad y consumación - y otras teorías de apoyo - *ante y post factum* no punibles - mantienen una estrecha relación con el fundamento dogmático, y sólo se dividen como medio de una aplicación sistemática y coherente. La especialidad comprende todos los elementos del tipo, en la subsidiariedad no existe identidad entre los tipos, pero el bien jurídico debe ser el mismo<sup>395</sup>. De hecho, sólo se debe hablar de subsidiariedad cuando el delito más amplio o su lesión sea menospreciado, lo que normalmente conduce a la impunidad en su conjunto, a menos que haya previsión penal subsidiaria. De ahí la búsqueda de un tipo de menor importancia para castigar. En el ejemplo ya clásico de JIMÉNEZ de ASÚA si no hay certeza del hurto, pero si del daño, debe ser castigado este<sup>396</sup>. La consumación (o absorción) no puede estar relacionada con el mismo bien jurídico, una característica atribuida a la subsidiariedad, y por lo tanto se considera como característica de la consumación que el tipo que absorbe a menudo contenga varios tipos con diferentes bienes jurídicos en una relación de progresión criminal de menor a mayor<sup>397</sup>. La violación de una ley principal se va por los sucesivos grados, uno o más de los cuales pueden ser ellos mismos delictivos, pero los hechos son tan vinculados que el escalón más alto del delito va absorbiendo por completo los más pequeños, en su pena y su tipo<sup>398</sup>. En este sentido sería más correcto utilizar el fundamento y las teorías dogmáticas de apoyo, como el *post factum* siempre que sea evidente en el caso concreto. Si en el caso concreto se verifica la autoría del delito anterior y el blanqueo, la imposición de penas tiene solución por la regla del concurso material previsto en el artículo 69 del Código Penal brasileño (sumar las penas).

En lo que se refiere a las personas jurídicas, por falta de disposición legal o de construcción dogmática las corporaciones no pueden figurar como un sujeto activo del

---

<sup>395</sup> Cfr. LANDECHO VELASCO, C.; MOLINA BLÁSQUEZ, C.: Derecho Penal Español – Parte General. 5. ed. Madri, Tecnos, 1996, pág. 137.

<sup>396</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: Tratado de Derecho Penal. 5. ed. Buenos Aires, Losada, 1992, t. 2, p. 557.

<sup>397</sup> Cfr. MAURACH, R.; ZIPF, H.: Derecho Penal – parte general. Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 556.

<sup>398</sup> Cfr. SOLER, S.: Derecho Penal Argentino. Buenos Aires, Tipografica, 1951, t. 2, p. 180/181.

delito de blanqueo. Sin embargo las personas jurídicas están sujetas al decomiso de bienes. El texto de la ley (art. 4) dispone que "el juez, de oficio, a petición de la fiscalía o por representación del jefe de la policía, después de haber oído el Ministerio Fiscal, en 24 (veinticuatro) horas, si hay pruebas suficientes de delito, puede decretar medidas de restricción de los bienes, derechos o valores del investigado o acusado, o que existan en favor de interpuestas personas que no sean instrumento, producto o provecho de los delitos" definidos en la Ley de blanqueo o de los delitos anteriores. Es evidente que aquí se habla de personas jurídicas que no tengan la finalidad única y exclusiva de blanqueo, porque en este caso se clasifican como organización criminal y sus bienes pueden ser incautados. Pero frente a la disposición legal de "bienes en poder de personas interpuestas", se podría admitir si se trata de una persona jurídica.

#### **2.4.6. El concurso de delitos**

El concurso de delitos es posiblemente uno de los temas más debatidos en la doctrina penal brasileña. El extenso y acalorado debate gira alrededor de algunos temas que destacaremos a continuación. De todas formas, en la base de los razonamientos de la doctrina se encuentran ponderaciones acerca de las relaciones del delito de blanqueo frente a otras figuras delictivas bajo en el enfoque del *ante factum* y el *post factum*. En otras palabras, en general la doctrina suele partir del análisis que toma en consideración que el blanqueo no siempre es una consecuencia natural de delitos antecedentes, que el agente del delito anterior puede realizar o no actos destinados a lograr la conversión de algo ilícito en valores lícitos con la finalidad de reintroducirles en el normal circuito socioeconómico. También se considera que el agente del delito anterior, o el mismo autor de los delitos posteriores al blanqueo de capitales podrían haber realizado otros comportamientos lícitos que por su vez pueden ser considerados punibles en algunos casos. En el mismo contexto muchos defienden que determinadas conductas practicadas por el autor del delito antecedente y que cumplen los estándares típicos del delito de blanqueo deben ser consideradas un *post factum* no punible.

Entre las cuestiones concursales de mayor relevancia está la relacionada con las referidas situaciones anteriores que implican al autor del delito antecedente y al delito de blanqueo, tomándose por base la naturaleza del delito anterior. Determinados delitos como las infracciones tributarias (el delito fiscal), la evasión de divisas, y la receptación o favorecimiento son las figuras penales que más ofrecen un espacio de debate y en este

punto la doctrina penal brasileña se encuentra muy dividida. En realidad, es necesario reconocer que el nivel de discusión en Brasil acerca de este tema apenas está empezando, y no existen en la doctrina profundos cuestionamientos o teorías bien elaboradas como existen en Europa acerca de esta materia. Lo cierto es que veo como muy positiva la circunstancia de que el debate sobre el concurso de delitos (especialmente frente a estas categorías de delitos antecedentes) finalmente haya empezado a desarrollarse, pues no se puede admitir un sistema penal que no tenga mínimamente resueltas tales cuestiones, con la consecuencia de convertirse en un sistema inseguro, inmaduro e incierto.

También existe un fuerte debate sobre las relaciones concursales del delito de blanqueo con los delitos anteriores, concomitantes o posteriores de falsedad material o ideológica.

Igualmente hay una viva discusión sobre el comportamiento de los agentes dedicados *profesionalmente* a actividades de blanqueamiento de capitales. En este caso se indaga si el autor debe ser favorecido por la incidencia del principio de alternatividad de su conducta o si debe responder por un concurso de varios delitos de blanqueo, pues ha “lavado” dinero diversas y deferentes veces (aunque sea de la misma fuente, del mismo narcotraficante por ejemplo). Por otro lado, en esta situación se puede cogitar la hipótesis de un mero delito continuado.

En lo que se refiere a delitos antecedentes cometidos por diferentes personas y “lavados” a la vez (en conjunto), la mayoría de la doctrina entiende que se establece un concurso formal de delitos. Esta es también una posición pacífica en la jurisprudencia.

El delito continuado suele surgir en el debate penal acerca del blanqueo frente a situaciones en las cuales se puede atribuir el conjunto de bienes al mismo autor del delito previo, siempre que el autor del lavado de dinero busque garantizar el disfrute y aprovechamiento de sucesivas riquezas obtenidas con la continuada práctica del mismo tipo de delito antecedente (el caso del narcotráfico es un ejemplo típico de esta situación).

#### **2.4.7. Consumación y clasificación del tipo**

El delito de blanqueo de dinero es considerado por la mayoría de la doctrina penal como un delito formal (de consumación anticipada), aunque para algunos autores

pueda ser considerado un delito de mera actividad<sup>399</sup>. Para la consumación sería suficiente que el proceso de blanqueo se haya completado, y los valores sean debidamente ocultados o escondidos, es decir, estén listos para ser introducidos en la economía formal<sup>400</sup>. El aspecto formal del delito se refiere al hecho de no ser exigible una efectiva circulación de los bienes en el tráfico económico, bastando que se realicen actos típicos tendentes a blanquear dinero.

Este punto de reflexión exige un *excurso* para situar la cuestión dentro de los parámetros que permitan comprender como se posiciona la doctrina penal brasileña.

En Brasil prácticamente todos los penalistas parten del principio de que el delito de blanqueo se realiza en el ambiente socioeconómico por razones vinculadas a la necesidad de convertir algo que es ilícito en valores lícitos que puedan ser disfrutados libremente o que tengan la posibilidad de ser reinvertidos.

En este sentido, el pensamiento penal está imbricado en el mundo de la economía, y busca comprender la realidad del fenómeno criminológico del blanqueo bajo una perspectiva que es antes que todo económico. Como afirma el economista JIMÉNEZ SANZ “uno de los mayores problemas con que se enfrenta la prevención del blanqueo de capitales es la dificultad de encontrar soluciones óptimas para hacer frente a los distintos métodos de blanqueo. Antes de entrar en los métodos utilizados por las organizaciones criminales para llevar a cabo el blanqueo de dinero, debemos preguntarnos si realmente existe una metodología o sistemática del blanqueo o si por el contrario se trata de actos aislados y puntuales alejados de un proceso predefinido y programado. El objetivo último del dinero ilícito, a través del blanqueador, es conseguir su entrada en el circuito financiero y económico legal, de manera que tal dinero aparezca ante cualquier instancia, sea pública o privada, como perfectamente legal y fuera de sospecha alguna. Para lograrlo, es necesario utilizar alguna de las posibilidades que ofrecen los distintos agentes financieros, bancos y cajas de ahorros, las inversiones alternativas como son el campo inmobiliario, los bienes tangibles, el consumo y cualquier otra fórmula que permita la entrada de ese dinero negro o sucio dándole una apariencia perfectamente legal. El objetivo del blanqueador es mover el dinero por el

---

<sup>399</sup> Cfr. ANTONIO DE BARROS, M.: “Lavagem” de capitais..., op.cit., págs. 102-104. También sobre el tema: REGIS PRADO, L.: Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório. En REGIS PRADO, L. (coord.). Direito Penal Contemporâneo. São Paulo, Ed. RT, 2007, pág. 252.

<sup>400</sup> Cfr. TIGRE MAIA, R.: “Lavagem” de Dinheiro..., op.cit., pág. 81.

sistema financiero, económico o comercial y transferirlo posteriormente a la economía ya en forma legal; la serie de operaciones a realizar, una o varias en función de las necesidades, persiguen el encubrimiento del rastro del dinero para hacer imposible su localización y su origen. La operación de blanqueo de capitales puede conseguirse por la compra de un inmueble, la compra de divisas con el pretexto de un viaje o el pago de una compra exterior o sencillamente por la inversión en cualquier título de una compañía que cotice en Bolsa a través de un intermediario financiero. Estas operaciones de blanqueo pueden efectuarse de forma aislada e individual o formar parte de un esquema de blanqueo que comprende una serie de fases o etapas concatenadas con el objetivo último de alejar el dinero del delito precedente y dificultar su rastro y relación. La integración de los capitales ilícitos requiere, en ocasiones, de una combinación de operaciones, transacciones comerciales y financieras, incluidos actos de aseguramiento de la propiedad, que encubran la procedencia del dinero. Este proceso requiere de una serie de condiciones: en primer lugar, la simulación de licitud de las operaciones realizadas, el encaje en el sistema financiero del dinero a blanquear debe hacerse de forma simulada a través de constantes operaciones, transferencias, cambios de dominio continuos, todos ellos simulados con el ánimo de borrar el origen del dinero; a continuación, es necesaria la entrada de los capitales en el flujo comercial o financiero a través de compras por cuenta de empresas ficticias, inversiones inmobiliarias, compra de activos financieros, colocación en privatizaciones o en la financiación de obras públicas; por último, nos encontramos con un capital ya perfectamente legalizado en forma de inversiones, adquisiciones o detentación de activos que se mantendrán o liquidarán en función de las necesidades de liquidez o permanencia a la espera de obtener las rentabilidades buscadas o los objetivos propuestos, esta etapa representa ya el dinero blanqueado dotado de una legitimación jurídica”<sup>401</sup>.

Bajo esta perspectiva la experiencia acumulada a lo largo de los años por los organismos judiciales, policiales y administrativos responsables de combatir y prevenir el blanqueo de capitales ha revelado que el blanqueo suele realizarse por medio de procedimientos o fases, como un proceso que cumple etapas. Existe consenso también

---

<sup>401</sup> Cfr. JIMÉNEZ SANZ, C.: El blanqueo de capitales. Tesis doctoral presentada en 16 de abril de 2009 ante la Universidad Rey Juan Carlos. Director: José María ESPINAR VICENTE (Depto. Derecho Privado/Economía). ISBN-13:978-84-692-3253-8.

en la doctrina penal, como explica BLANCO CORDERO<sup>402</sup>, acerca de que el blanqueo es un delito que se realiza mediante un procedimiento estandarizado, un modelo de “fases” que se cumplen dentro de un proceso con finalidades muy claras: oculta, disimular, disfrazar y convertir algo ilícito en lícito, para después disfrutarlo o reinvertirlo<sup>403</sup>. Estas fases serían: a) la *colocación* (“placement”); b) el *ensombrecimiento* (“layering”); c) y la *integración* (“integration”).

---

<sup>402</sup> Cfr. BLANCO CORDERO lo explica con riqueza de detalles, y por todos en la ciencia penal, en la obra “El delito de blanqueo de capitales” (Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Edición de 2012, páginas 61-88).

<sup>403</sup> En este sentido, como afirma el mismo JIMÉNEZ SANZ: “la doctrina jurídica también coincide con el GAFI en que el proceso del blanqueo de capitales se desarrolla en una serie de fases, es decir, el blanqueo corresponde a un proceso y se ha seguido el modelo propuesto por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), grupo al que España pertenece. El GAFI ha estudiado el fenómeno del blanqueo de capitales en base a la existencia de tres etapas sucesivas claramente diferenciadas. Esta propuesta no debe tener asumirse de forma absoluta y categórica pues en la práctica existen operaciones de blanqueo que no encajarían estrictamente en ninguna de fases o bien muchas de las operaciones pueden entrar en cualquiera de estas fases, con lo cual la utilidad es limitada y casi meramente a efectos de estudio y con ánimo de simplificar una casuística muy compleja. Según GAFI el blanqueo de capitales obedece a una serie de fases en las cuales se realiza una tipología típica o idónea conforme al objetivo de legalizar, dar apariencia o simular un capital proveniente de un delito: 1) La primera de estas fases sería la de introducción, inserción o colocación del efectivo en el sistema financiero: en esta fase el producto del delito, grandes cantidades de dinero en efectivo, debe hacerse desaparecer y desligarlo del delito. En esta fase cuando se encuentra el mayor riesgo del blanqueador pues el dinero obtenido en grandes cantidades y en billetes de pequeña denominación lo hace incómodo para el tráfico comercial o para cualquier uso; 2) La segunda fase, llamada de conversión, transformación, encubrimiento o estratificación, consistiría en la compra de bienes, activos financieros o de otro tipo, y transferencias de fondos con el objetivo de dificultar el rastro del dinero; se trata de realizar la serie de operaciones necesarias para lograr desconectar el dinero de su origen delictivo. 3) La tercera y última fase, llamada de integración o inversión, se corresponde con el proceso final del ciclo del blanqueo. En esta fase se pretende el asentamiento de los capitales integrados en la economía oficial, esto se obtiene, por ejemplo, a través de la venta de los activos adquiridos en las fases anteriores, los cambios de dominio legal de los activos comprados con anterioridad, etc. El objetivo de esta última fase, de integración, consiste en lograr la aceptación e introducción legal de forma definitiva de los capitales delictivos, quedando constancia de ello a través de registros contables y tributarios dándoles así forma y apariencia legal. Una vez conseguido el propósito, resulta casi imposible su persecución.” Así: op.cit. pág. 182.

Por consiguiente es perfectamente posible afirmar que esta realidad constatada por la ciencia de la economía también es compartida por la doctrina penal<sup>404</sup>, y en Brasil este aspecto es tratado con enorme interés.

En definitiva, existe un sector de la doctrina penal que insiste en afirmar que la mera realización de actos que comúnmente son capaces de blanquear capitales ilícitos no es suficiente para que se pueda caracterizar la consumación del delito. Para tal sector de la doctrina en ciertos casos se puede hablar de una tentativa (de un delito *tentado*) ya que el crimen solo alcanzaría su consumación cuando efectivamente el agente consiga reintroducir el dinero en el circuito económico, convirtiendo lo ilícito en lícito mediante la afectación (puesta en peligro concreto o efectiva lesión) de los intereses del orden socioeconómico, siendo siempre exigible el resultado naturalístico de un aprovechamiento concreto derivado el proceso de blanqueo<sup>405</sup>.

#### **2.4.8. Las conductas típicas equiparadas al blanqueo**

En Brasil la doctrina denomina a las conductas descritas en el párrafo primero del artículo 1º de la Ley de Blanqueo de Capitales comportamientos equiparados (conductas equiparadas al blanqueo) en relación con el delito fundamental descrito en el *caput*. La doctrina también afirma que tales conductas son punibles porque existe en

---

<sup>404</sup> Como explica JIMÉNEZ SANZ “la doctrina jurídica coincide con el GAFI en que el proceso del blanqueo de capitales se desarrolla en una serie de fases, es decir, el blanqueo corresponde a un proceso y se ha seguido el modelo propuesto por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), grupo al que España pertenece. El GAFI ha estudiado el fenómeno del blanqueo de capitales en base a la existencia de tres etapas sucesivas claramente diferenciadas. Esta propuesta no debe tener asumirse de forma absoluta y categórica pues en la práctica existen operaciones de blanqueo que no encajarían estrictamente en ninguna de fases o bien muchas de las operaciones pueden entrar en cualquiera de estas fases, con lo cual la utilidad es limitada y casi meramente a efectos de estudio y con ánimo de simplificar una casuística muy compleja. Según GAFI el blanqueo de capitales obedece a una serie de fases en las cuales se realiza una tipología típica o idónea conforme al objetivo de legalizar, dar apariencia o simular un capital proveniente de un delito. 1) La primera de estas fases sería la de introducción, inserción o colocación del efectivo en el sistema financiero: en esta fase el producto del delito, grandes cantidades de dinero en efectivo, debe hacerse desaparecer y desligarlo del delito. En esta fase cuando se encuentra el mayor riesgo del blanqueador pues el dinero obtenido en grandes cantidades y en billetes de pequeña denominación lo hace incómodo para el tráfico comercial o para cualquier uso. 2) La segunda fase, llamada de conversión, transformación, encubrimiento o estratificación, consistiría en la compra de bienes, activos financieros o de otro tipo, y transferencias de fondos con el objetivo de dificultar el rastro del dinero; se trata de realizar la serie de operaciones necesarias para lograr desconectar el dinero de su origen delictivo. 3) La tercera y última fase, llamada de integración o inversión, se corresponde con el proceso final del ciclo del blanqueo. En esta fase se pretende el asentamiento de los capitales integrados en la economía oficial, esto se obtiene, por ejemplo, a través de la venta de los activos adquiridos en las fases anteriores, los cambios de dominio legal de los activos comprados con anterioridad, etc. En definitiva la posibilidad de disfrutar de un bien mueble o inmueble acreditando la legítima propiedad del mismo. Una vez conseguido el propósito, resulta casi imposible su persecución” (El blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 189).

<sup>405</sup> Cfr. DELMANTO, R.: *Leis Penais Especiais...*, op.cit., pág. 559.

relación a ellas una “tipicidad equiparada” al tipo básico de blanqueo. La utilización de estas expresiones no parece ser la más técnica o adecuada, pues personalmente creo que no se trata de una equiparación sino de una especialización de conductas.

De todas formas tales comportamientos están sujetos a las mismas penas, conforme establece el párrafo 1º:

“§1º Incurre en la misma pena quien, para ocultar o disfrazar el uso de los activos, derechos y objetos de valor resultantes de los delitos a que se refiere el presente artículo:

I - los convierte en activos lícitos;

II - adquiere, recibe, intercambia, negocia, da o recibe en garantía, mantiene en depósito, traslada o hace transferencias;

III - importa o exporta bienes que no corresponden a los valores reales”.

Las principales características de estas conductas delictivas son las siguientes:

#### **2.4.8.1. Tipicidad objetiva**

Se considera que el apartado 1 describe específicamente algunos comportamientos más sofisticados de blanqueo, denominados por la doctrina brasileña de *reciclaje*<sup>406</sup>. De hecho, trata efectivamente de un el *proceso* consistente en transformar en algo limpio el producto resultante de la actividad delictiva. Por consiguiente, como estamos delante de conductas más detalladas por el legislador para las cuales se ha señalado la misma pena, se trata de lo que parte de la doctrina denomina *blanqueo secundario* frente al blanqueo previsto en el *caput* llamado *blanqueo primario*.

En el comportamiento descrito en el inciso I la conducta punible consiste en convertir (transformar) en valores los activos obtenidos a través del ilícito penal. Según Paulo SANDRONI, por activos se entiende "el conjunto de bienes, créditos y similares, que forman el patrimonio de una empresa y se opone al pasivo (deudas, obligaciones, etc.). En balances de las empresas, el activo se divide en varios elementos con el fin de

---

<sup>406</sup> Cfr. DELMANTO, R.: *Leis Penais Especiais...*, op.cit., pág. 560.



distinguir el dinero en efectivo (saldos bancarios, bonos que se pueden vender inmediatamente), el depósito a corto plazo (cuentas por cobrar de tránsito, los préstamos a corto plazo), el depósito de bienes (incluidos los bienes en consignación), los terrenos y los edificios, instalaciones y maquinaria, los derechos y privilegios. Conceptos particularmente importantes en el balance de una empresa son el activo circulante o disponible y los activos fijos o inmóviles. Los activos circulantes incluyen en el efectivo en caja, los saldos bancarios y todos los valores que se pueden convertir en efectivo inmediatamente. Los activos fijos son bienes inmuebles, equipos, utensilios, herramientas, patentes, todo lo que es esencial para que la empresa continúe funcionando y no se puede convertir en efectivo de inmediato”<sup>407</sup>.

La conducta prevista en el inciso II representa un tipo alternativo, donde la realización de los verbos típicos de manera concomitante no implica una acumulación de respuesta penal. Este tipo guarda semejanza con el delito de receptación previsto en el artículo 180 del Código Penal Brasileño<sup>408</sup>, es decir, recepción de los productos del blanqueo. Será considerado autor el que maneje intencionalmente los bienes, derechos y valores que inicialmente vienen de uno de los incisos del artículo 1 de la Ley en discusión.

Existe una polémica en la doctrina acerca de la tipificación del blanqueo como el acto de receptación de valores derivados de delitos antecedentes. Es cierto que la conducta de recibir supone un verbo típico que compone una de las fases del blanqueo, razón por la cual muchos dicen que siempre es posible la imputación penal. El problema surge cuando los que reciben los bienes o valores lo hacen en retribución de la prestación de servicios o la venta de productos lícitos en situaciones sospechosas (por ejemplo la venta de un coche de lujo a una persona que dicen es un traficante). Esta situación se ha convertido en una cuestión muy debatida en la doctrina principalmente cuando se habla de la prestación de servicios jurídicos por abogados. Se discute mucho sobre la extensión de las responsabilidades personales de asesores jurídicos o fiscales (tributarios) y sobre la contaminación del dinero que se utiliza para pagar honorarios profesionales.

---

<sup>407</sup> Cfr. SANDRONI, P.: Dicionário de Economia do século XXI. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 50.

<sup>408</sup> “Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte”.

Este debate está aún empezando en Brasil y está centrado en argumentaciones que por el momento buscan garantizar el libre ejercicio profesional, lo que me parece un principio muy positivo. El principal argumento en contra de la apreciación del delito de blanqueo es la previsión de la Constitución brasileña que garantiza tanto la libre elección de un abogado para la defensa<sup>409</sup> como el libre ejercicio de la profesión de Abogado<sup>410</sup>. Si faltara tal garantía, habría una depreciación significativa de la defensa penal como un órgano independiente e indispensable para la Administración de Justicia. El pago se manifiesta más como una carga para el delincuente que como un incentivo para cometer más delitos. Sólo se podría sancionar penalmente si el abogado sabía exactamente que detrás de ese dinero existía una víctima (por ejemplo, la extorsión a través del secuestro), cuando se recibe dinero para influir en la Administración de Justicia (por ejemplo, enseñanza de métodos de blanqueo), o cuando el pago fue una farsa diseñada para encubrir el lavado (por ejemplo ser fiador del "lavador")<sup>411</sup>. La doctrina, en su mayor parte, no permite el castigo del abogado por blanqueo simplemente por conocer el origen ilícito del dinero, porque esto implicaría considerar indirectamente todo el comportamiento estándar como objetivamente típico del delito de blanqueo, ya que no habría ninguna razón para diferenciar un abogado de un comerciante cualquiera, de un médico o de cualquier otro que pueda proporcionar las necesidades más básicas de la vida diaria y que por alguna razón es consciente del origen ilícito de los ingresos de los que demandan sus servicios. Esto extendería excesivamente el tipo de blanqueo, lo que claramente no es la intención del legislador. Estas situaciones no se confunden con la participación directa del abogado en los delitos antecedentes, o la realización de comportamientos que van más allá del mero asesoramiento en sentido estricto (limitado a la orientación jurídica, fiscal, o al ejercicio del derecho de defensa por parte del investigado o el acusado).

Por fin el inciso III se refiere a la conducta específica que tiene como objetivo la realización de actividades de importación o la exportación de bienes para blanquear valores ilícitos. Es decir, importar o exportar bienes que no corresponden a los valores reales. Tal conducta no puede ser confundida con el contrabando y malversación de

---

<sup>409</sup> “Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>410</sup> “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

<sup>411</sup> Sobre el tema, y por todos, RENATO SILVEIRA, R. M. y SCHORSCHER, V.: A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia. En: CIÊNCIAS PENAIAS. São Paulo. Ed. RT. Año II. Vol. 2. jan-jun/2005, págs. 143 e ss.

fondos, ya que en estas situaciones se habla de bienes de circulación prohibida o se está ante una evasión fiscal. La conducta en cuestión supone la alteración artificial del precio real de bienes para añadirles valor y alcanzar ventajas bajo el método del blanqueo.

#### 2.4.8.2. Tipicidad subjetiva

Estas conductas son eminentemente dolosas correspondiendo a la fiscalía demostrar que el agente tenía conocimiento del origen ilícito de los bienes <sup>412</sup>, para que quede clara su intencionalidad en la práctica de blanqueo.

Otras *conductas equiparadas* están previstas en el apartado 2 del artículo 1º:

“Incorre también en la misma pena aquel que:

I - utiliza en las actividades económica o financiera, los bienes, derechos o valores que sabe provenientes de los delitos a que se refiere en este artículo;

II - participa en grupo, asociación u oficina sabiendo que su actividad primaria o secundaria se dirige a los delitos previstos en la presente Ley”.

El legislador no prevé la sanción penal de la mera posesión de bienes pero criminaliza su utilización frente al sistema económico. Existen críticos de esta postura en razón de la semejanza que existe entre la posesión y la utilización. El inciso I del párrafo 2 tipifica la conducta de aquellos que, con dolo directo, con conocimiento el origen del bien (no se admite el dolo eventual), favorece la inclusión de los bienes lavados en la economía formal. Sería la tercera etapa de blanqueo (integración). Con relación al verbo “utilizar” parte de la doctrina afirma que tan solo se constata el artículo I de este párrafo si el bien o valor utilizado se introduce dentro de las fases de blanqueo de bienes (si ha pasado por las etapas de ocultamiento o disimulación) pues sólo así sería posible “castigar el proceso de lavado de dinero”<sup>413</sup>. Para algunos estas conductas no admiten la tentativa, ya que el verbo *utilizar* no lo permite (y el *no utilizar* no sería penalmente relevante) <sup>414</sup>.

Por otro lado, el inciso II consagra una tipificación especial considerada como una participación por omisión en el delito de blanqueo (en este caso se aplica el

---

<sup>412</sup> Cfr. ANTONIO DE BARROS, M.: Lavagem de capitais..., op.cit., pág. 192.

<sup>413</sup> Cfr. SANCHEZ VILARDI, C.: O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. En: REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo. Ed. RT, Año 12, nº 47, pág. 20.

<sup>414</sup> Cfr. DELMANTO, R.: Leis Penais Especiais..., op.cit., pág. 563.

previsto para la coautoría en el artículo 29 del Código Penal)<sup>415</sup>. Esta conducta es próxima y guarda semejanzas con el delito de conspiración previsto en el artículo 288 del Código Penal Brasileño<sup>416</sup>. Al parecer, lo que la ley hace es crear una obligación legal de reportar actividades sospechosas de blanqueo, aunque no se colabore eficazmente con ellas. Buena parte de la doctrina, casi su totalidad, afirma que este tipo penal es muy impreciso. Pienso que son procedentes las críticas que recibe por su vaguedad. Incluso se habla de su inconstitucionalidad por el desprecio al principio de legalidad (taxatividad). De todas formas el tipo muestra que la mera participación en un grupo, asociación u oficina, sabiendo que hay una actuación en favor del blanqueo, es un comportamiento constitutivo de delito. Entre las críticas más difundidas sobre este inciso se encuentra la confusión que genera en la práctica, pues una cosa es la participación en una organización criminal cuyo propósito es ilegal (y el agente obtiene ventajas financieras directas de esta circunstancia) y otra situación diferente es la existencia de una institución que, además de ejercer actividad lícita se dedica de manera puntual a actividades ilícitas. Por esta razón, muchos dicen que los empleados o funcionarios no pueden ser imputados por participación delictiva o por colaboración con el blanqueo por el hecho de recibir una remuneración de estas organizaciones jurídicas. No obstante, en el caso de que quede clara su participación o colaboración efectiva en los procesos de blanqueo, a sabiendas de lo que está pasando, sería el caso de imputarle su correspondiente responsabilidad penal. En este sentido es la opinión de DELMANTO<sup>417</sup>.

Además, merece ser destacado lo dispuesto en el § 5 del artículo 1º que permite una reducción de penas mediante la colaboración con la Justicia para el descubrimiento de la autoría del delito antecedente o la ubicación actual de los bienes que se han blanqueado. La ley permite una reducción de dos tercios de la pena en caso de "colaboración con las autoridades" (clásica figura del arrepentido). Además de la reducción de la pena se puede obtener un régimen de cumplimiento de condena más favorable (abierto o semiabierto) "que proporciona el juez no aplicar o reemplazarla, en cualquier momento, por una pena de restricción de derechos si el autor, coautor o partícipe colaboran espontáneamente con las autoridades, proporcionando explicaciones

---

<sup>415</sup> "Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

<sup>416</sup> "Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos."

<sup>417</sup> Cfr. DELMANTO, R.: *Leis Penais Especiais...*, op.cit., pág. 564.

que conducen a la investigación de las infracciones penales, la identificación de los autores, coautores y partícipes, o la ubicación de los bienes, derechos o valores del delito de blanqueo".

Este beneficio es llamado por la doctrina brasileña como "delación premial". Trátase de un mecanismo que busca evitar la impunidad, y tiene un fuerte componente preventivo. El tema no es nuevo en Brasil pues se encuentra en las Ordenanzas filipinas (de Portugal) donde se permitía aplicar recompensas a los que colaboraban con la revelación de un delito en lo cual han participado <sup>418</sup>. La redacción del párrafo forma parte de una primera generación de la delación, en la que se exigía la espontaneidad para la concesión del beneficio. Ante el cambio de política criminal el beneficio se concede simplemente frente a la voluntad<sup>419</sup>. Como afirma COUTO DE BRITO, "la delación puede suceder por todo tipo de razones, incluyendo la mas alta moral, como el arrepentimiento del acusado que cometió el delito, la voluntad de reparar el daño causado, o el reconocimiento del respeto a la normatividad"<sup>420</sup>. Este mecanismo de reducción de pena es considerado por la doctrina como un instrumento híbrido (procesal y penal) especialmente utilizado contra las organizaciones criminales. La alta organización y la estratificación de estas asociaciones, la evidencia relacionada con la participación de las personas que poseen las mayores jerarquías es siempre muy difícil, y a la vez sólo con la ayuda de aquellos que conocen la estructura se puede perturbar en cierta medida a la organización. En este sentido, la voluntariedad es más flexible y permite la negociación activa por el Estado en la "conquista" de los coautores o participantes para que informen sobre los otros autores. El dispositivo ha pasado por modificaciones recientemente (Ley 12.683 / 12) y resultó obsoleto ante la publicación de la Ley Federal 12.850/13 que se ocupa de las organizaciones criminales y regula los casos de delación o colaboración de forma más amplia en sus artículos 4 a 7.

---

<sup>418</sup> Título CXVI: "qualquer pessoa, que der à prisão cada um dos culpados e participantes (...) em que é culpado aquele que é preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, posto que não tenha perdão da parte".

<sup>419</sup> Leyes posteriores han tratado del tema: a) la Ley 9807/99, artículo 13 ("Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado") y artículo 14 ("O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços"; b) Ley 11.343/06, artículo 41 ("O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços)."

<sup>420</sup> Cfr. COUTO DE BRITO, A.: Execução Penal. São Paulo, Ed. Quartier Latin, 2006, pág. 374.

#### **2.4.9. Aspectos procesales relacionados al delito de blanqueo de capitales**

La Ley de Blanqueo brasileña (Ley 9613/98) además de tratar de los aspectos penales de la materia también regula muchos aspectos procesales. Tales aspectos procedimentales también cuidan de derechos y situaciones que están fuertemente imbricadas con las disposiciones criminales de suerte que para tener una idea del estado de la cuestión en Brasil es imprescindible que también se hable de esta materia instrumental.

La acusación y el enjuiciamiento de los delitos de lavado deben seguir el rito común ordinario, pues la Ley Antiblanqueo se basa en las disposiciones generales del Código de Procedimiento Penal (artículos 394 a 405) y no tiene un procedimiento especial propio. Tanto la doctrina penal como la procesal se oponen a la redacción del artículo 2 que permite ampliamente el enjuiciamiento por el blanqueo sin depender de la acusación y el enjuiciamiento de los delitos antecedentes, incluso si éstos se han cometido en otro país.

Por otro lado existe un sector de la doctrina que defiende la idea de que el proceso en que se imputa el blanqueo debe quedar suspendido mientras se espera el resultado del proceso donde se discute la responsabilidad por el delito antecedente para evitar incongruencias originadas en sentencias contradictorias, que llevarían al descrédito judicial. Esta situación, en mi opinión, solo tiene sentido en los casos en que se niega la propia existencia del hecho anterior, o cuando los hechos antecedentes no constituyan objetivamente un delito (incidiendo sobre el caso lo que dispone el Código de Proceso Penal brasileño, artículo 386, incisos I, II, III, V primero parte)<sup>421</sup>. En este caso sería imposible la adecuación típica del delito de blanqueo ante la ausencia del elemento del tipo “infracción penal”.

De todas formas, siempre he defendido que en el caso de existan dos procesos simultáneos (uno por el delito antecedente y otro por el blanqueo) el camino más razonable es la unificación de las jurisdicciones por la conexión entre ambos, aplicándose el dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, artículo 76, inciso III

---

<sup>421</sup> Así lo expresa el legislador: “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;”

("cuando la evidencia de un infracción o cualquiera de sus circunstancias elementales influyen en la prueba de otro delito").

Es importante señalar que la Ley Antiblanqueo vuele a tratar en el artículo 2º del delito cometido en el extranjero al dejar claro que debe haber correspondencia típica entre ambos países. Es decir, los delitos definidos en el sistema jurídico-penal brasileño deben tener una equivalencia típica con los delitos antecedentes del país en el que parte de la conducta se ha desarrollado<sup>422</sup>. Para parte de la doctrina esta vía representa una doble incriminación<sup>423</sup> pero la mayoría entiende que siempre será posible procesar a alguien por blanqueo realizado en otro país pues esta circunstancia afecta intereses del orden socioeconómico nacional<sup>424</sup>.

Otro aspecto que es muy importante para la formación de un juicio acusatorio acerca del blanqueo se refiere a los indicios sobre el delito antecedente. La mayoría de los autores entiende que bastan suficientes pruebas de la existencia del delito anterior para que la acusación sea eventualmente aceptada por el juez<sup>425</sup>, dando inicio al proceso penal contradictorio y posibilitando el pedido de condena por parte de la Fiscalía, en caso de que sean confirmadas las pruebas de que el agente ha practicado las conductas

---

<sup>422</sup> Cfr.: TIGRE MAIA, R.: *Lavagem de Dinheiro...*, op.cit., pág. 112.

<sup>423</sup> Por todos, ANTONIO DE BARROS, M.: *Lavagem de capitais...*, op.cit., pág. 210.

<sup>424</sup> Una importante Sentencia que se ha convertido en un paradigma en la jurisprudência de Brasil afirma: "HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E "LAVAGEM" DE DINHEIRO. ALEGADA INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DO PACIENTE. ORDEM CONCEDIDA. É inepta a denúncia que, nos crimes praticados em concurso de pessoas, não individualiza a conduta de um dos acusados, vedando-lhe o exercício da ampla defesa, direito a todos assegurado pela Carta Magna". (TJSC, HC 2003.001459-4. Des. Relator: Des. Sérgio Paladino. Data da Decisão: 18/03/2003).

<sup>425</sup> Cfr. TIGRE MAIA, R.: *Lavagem de Dinheiro...*, op.cit., pág. 120. También: ANTONIO DE BARROS, M.: *Lavagem de capitais...*, op.cit., pág. 220. Igualmente: SOUZA NUCCI, G.: *Leis Penais e Processuais Penais...*, op.cit., pág. 723.

típicas de la Ley Especial Antiblanqueo. Este también es el parecer de las más altas Cortes de Justicia del país<sup>426</sup>.

Sobre este aspecto, la Ley Antiblanqueo no es perfecta, pues no ofrece criterios interpretativos acerca de lo que se consideran *indicios* o *pruebas suficientes*. No se habla, por ejemplo, de la materialidad<sup>427</sup>, ni tampoco de definen que características del delito antecedente deben estar claras para que se pueda considerar viable la acusación posterior por blanqueo de capitales. Las críticas formuladas por la doctrina tienen buena dosis de razón, pues el principio de seguridad jurídica es muy importante. Por ejemplo, destaco que en el ordenamiento procesal la consagración de la expresión "indicios suficientes" siempre se ha referido a los autores, nunca a la materialidad, pero en los casos de delitos económicos este aspecto cobra especial importancia. En cuanto a los hechos pienso que no es conveniente admitir presunciones de certeza pues ello puede afectar el principio de inocencia. Por estas razones, en las décadas en que actué como Fiscal de Justicia, siempre he buscado reunir el máximo de pruebas acerca del delito antecedente antes de acusar al autor de operaciones de blanqueo de capitales. Tengo también esa cautela como penalista, razón por la cual creo que lo más correcto sería poner el máximo esfuerzo en demostrar la existencia real del delito anterior antes de empezar el juicio acusatorio por el blanqueo subsiguiente. En los últimos meses la Fiscalía General viene emitiendo orientaciones dirigidas a los fiscales en el sentido de asegurar el respeto a los principios de inocencia y seguridad jurídica, además de individualizar la conducta del blanqueo e indicar en que pruebas se basa la acusación en lo que se refiere al delito antecedente (es obligación del Fiscal obtener por medio de la investigación policial pruebas sobre el blanqueo y también sobre la existencia del delito

---

<sup>426</sup> Sobre este tema afirma la Suprema Corte: "PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. "LAVAGEM" DE DINHEIRO. QUADRILHA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. [...] III - No presente caso, a denúncia, peça formalizadora da acusação, revela-se formalmente correta. A inicial acusatória faz detalhado histórico dos crimes antecedentes, da existência da organização criminosa, destacando que os valores obtidos de forma supostamente ilícita no exterior teriam sido "lavados" ao entrar no Brasil através de contratos de câmbio registrados no Banco Central em operações realizadas através do Banco Bradesco S/A, sob o pretexto de investimento no país, empréstimos e pagamento de passes de atletas do Sport Clube Corinthians Paulista. O paciente teria tido participação ativa na formalização da MSI brasileira, tendo sido, inclusive, sócio da empresa, e seria responsável por operações realizadas em nome desta. A denúncia se baseia em indícios colhidos através de monitoramentos telefônicos, que indicam que a constituição da MSI brasileira teria ocorrido como instrumento para a "lavagem" de dinheiro [...]". (STJ, HC 103.924/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 10/11/2008).

<sup>427</sup> Art. 2º, § 1º: "A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente".



antecedente). Los jueces suelen admitir el proceso penal por blanqueo de capitales con base en pruebas de indicios, indicaciones de materialidad y otras evidencias. Sin embargo, y en general, para que exista una condena, se espera la certeza acerca de la existencia del delito antecedente. En definitiva, para empezar el proceso de blanqueo muchos autores y juzgados admiten la oferta de una acusación con fundamento en indicios suficientes, pero son pocos los que sustentan la condena de alguien por el delito de blanqueo con base en meros indicios de hechos ilícitos anteriores. Para que exista una condena la prueba debe ser indiscutible e indispensable.

Quizás por ese motivo la doctrina afirma que la existencia de delitos anteriores es una *cuestión prejudicial homogénea* (cuestión que muchas veces necesita ser esclarecida para que se pueda proseguir con el proceso donde se discute el blanqueo posterior)<sup>428</sup>. En este caso se aplica cada vez más lo que dispone el artículo 93 del Código de Procedimiento Penal brasileño<sup>429</sup>. Esta medida de cautela parece acertada y se presenta como razonable en ciertos casos concretos, razón por la cual defendemos que todo depende de los hechos concretos, pues cada caso indicará la necesidad de profundizar las investigaciones sobre el delito antecedente antes de empezar un proceso por blanqueo de capitales. Observo que tal suspensión no implica un riesgo de impunidad pues el juez puede determinar la realización de pruebas urgentes. También se suspende la prescripción penal mientras se discute la existencia del delito antecedente conforme dispone el artículo 116 del Código Penal<sup>430</sup>.

El Supremo Tribunal Federal de Brasil se ha manifestado en el sentido de que esta prudencia de que hablamos en cuanto a la prueba de los delitos antecedentes debe ser adoptada por parte del Estado<sup>431</sup>. En los tribunales regionales, se reconoce más

---

<sup>428</sup> Cfr. SÉRGIO PITOMBO, A.S.: *Lavagem de Dinheiro...*, op.cit., pág. 125.

<sup>429</sup> Art. 93: “Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente”.

<sup>430</sup> Art. 116: “Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime [...]”

<sup>431</sup> “AÇÃO PENAL. Denúncia. Imputação do crime de “lavagem” de dinheiro. Art. 1º, VII, da Lei nº 9.613/98. Corrupção ativa como crime antecedente. Indícios suficientes da sua existência. Instrução hábil da denúncia daqueloutro. Aptidão reconhecida. Inteligência do art. 2º, II e § 1º, da Lei nº 9.613/98. Provas fundantes da imputação de outro crime figuram indícios do crime antecedente ao de “lavagem” de dinheiro e, como tais, bastam ao recebimento de denúncia do delito conseqüente. (HC 89739, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-02 PP-00323 RB v. 20, n. 540, 2008, p. 23-26 RT v. 97, n. 877, 2008, p. 494-499).

fácilmente la necesidad de comprobación efectiva del delito antecedente<sup>432</sup>. Por fin, como hemos dicho, si hay una absolución del delito previo por incidencia de los referidos artículos I, II, III y VI primera parte del artículo 386 del Código de Procedimiento Penal no será posible continuar la persecución penal contra el delito de blanqueo.

Otro aspecto importante se refiere a la presencia del acusado mientras se discute su responsabilidad por el blanqueo de capitales. Como regla general, la ley procesal penal brasileña no permite el juicio en ausencia del acusado si al menos no hay abogado designado por el propio acusado. Tal disposición contenida en el artículo 366 del Código de Procedimiento Penal tiene como objetivo cumplir con el artículo 8, los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)<sup>433</sup>.

---

No mesmo sentido: “HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REPRESENTAÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DO CURSO DA AÇÃO PENAL. DECISÃO DEFINITIVA DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. “LAVAGEM” DE DINHEIRO. CRIME AUTÔNOMO. 1. Denúncia carente de justa causa quanto ao crime tributário, pois não precedeu da investigação fiscal administrativa definitiva a apurar a efetiva sonegação fiscal. Nesses crimes, por serem materiais, é necessária a comprovação do efetivo dano ao bem jurídico tutelado. A existência do crédito tributário é pressuposto para a caracterização do crime contra a ordem tributária, não se podendo admitir denúncia penal enquanto pendente o efeito preclusivo da decisão definitiva em processo administrativo. Precedentes. 2. O crime de “lavagem” de dinheiro, por ser autônomo, não depende da instauração de processo administrativo-fiscal. Os fatos descritos na denúncia, se comprovados, podem tipificar o crime descrito na norma penal vigente, devendo, quanto a este, prosseguir a ação penal. Precedentes. 3. Habeas corpus parcialmente concedido”. (HC 85949, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 06-11-2006 PP-00038 EMENT VOL-02254-02 PP-00407 RTJ VOL-00199-03 PP-01132).

<sup>432</sup> Neste sentido, “[...] 8) CRIME DE “LAVAGEM” OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS OU VALORES. ART. 1º, V e § 4º DA LEI Nº 9.613/98 C/C ART. 29 DO CÓDIGO PENAL. - Para a caracterização do crime definido no art. 1º da Lei nº 9.613/98 deve ser feita prova de que o réu efetivamente ocultou ou dissimulou a natureza, origem, disposição, ou propriedade dos bens, direitos ou valores provenientes dos crimes relacionados nos incisos I a VIII do referido dispositivo legal, pois, tal crime, é composto por três fases distintas: ocultação, mascaramento e integração, além da prova cabal destes crimes antecedentes. - Não havendo prova segura do delito ou delitos antecedentes, aqueles previstos no rol taxativo dos incisos do art. 1º da Lei nº 9.613/98, não se pode ter como consumado o crime de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores e assim, de consequência, é imperiosa a absolvição do réu com fundamento no art. 386, III do Código de Processo Penal”. (TJPR, Apelação 0181955-0, Número do Acórdão: 20382. Data do Julgamento: 14/12/2006. Relator: Luiz Osorio Moraes Panza). Também, no mesmo sentido, absolvendo-se o Réu de “lavagem” pela falta de comprovação do delito antecedente, TJRS, Apelação Criminal nº 70013500681 (5ª Câmara) e nº 70023678212 (8ª Câmara).

<sup>433</sup> “Artigo 8. Garantias judiciais.

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Dice el artículo 366 del Código de Procedimiento Penal: "Si el acusado, citado por aviso público, no comparece o nombra a un abogado, se suspenderá el proceso y el transcurso del plazo de prescripción, y el juez puede adelantar la producción de evidencia considerada urgente y, en su caso, decretar la prisión preventiva, de conformidad con el art. 312".

La doctrina mayoritaria entiende que el dispositivo de la Ley de blanqueo es una medida de política criminal y debe ser aplicado sin que se pueda cuestionar la violación de derechos o conflictos con la legislación interna. Al ser la Ley Antiblanqueo una ley especial esta debe prevalecer sobre la ley general (Código de Procedimiento Penal). El proceso solo continua a efectos de lo esencial pero es necesaria la citación por medio del Boletín Oficial, que sea nombrado un abogado, quedando suspensos los plazos de prescripción penal, siendo realizadas tan solo pruebas urgentes y necesarias (en general las relativas a la materialidad delictiva). Esta no era la realidad antes del cambio legislativo que se produjo en 1996 (pues no había tal previsión de suspensión del proceso o del plazo de prescripción, y el acusado seguía sin saber que era acusado). Inicialmente, desde la promulgación de la Constitución Federal de 1988, se estableció como una garantía individual fundamental la defensa contradictoria y amplia (Art. 5, LV). Así que, desde 1988, nuestra legislación debe aplicarse a la luz de la Constitución, que en algunos casos puede requerir cambios legislativos específicos. Era común la anulación de los procesos en casos de rechazo a el interrogatorio del acusado considerado ausente, o la no admisión de las pruebas presentadas por él. Además las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que a pesar de que se firmó en 1969, fue ratificado por Brasil por el decreto 678 de 6 de noviembre de 1992, asumiendo la presión internacional y nacional existente para su incorporación a la legislación nacional. Esta era una antigua petición de los procesalistas en el sentido de

---

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. Direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b. Comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. Concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. Direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; [...]"

cumplimiento del Pacto. Así que la enmienda del artículo 366 del Código de Procedimiento Penal en 1996 viene a garantizar la aplicación del derecho a conocer los cargos como está previsto en el artículo 8, 2, "b". Este tema está relacionado con el artículo 5º, párrafo 3 de la Constitución<sup>434</sup>. En la actualidad el tema está siendo discutido en la Suprema Corte<sup>435</sup> pero la doctrina sigue denunciando la necesidad de que los derechos fundamentales sean respetados por parte del Estado<sup>436</sup>. En relación a los jueces de primera instancia todavía existen decisiones contradictorias y la jurisprudencia de los juzgados inferiores está en transformación.

#### **2.4.10. Los bienes relacionados con el delito de blanqueo de capitales**

La cuestión de los bienes relacionados con el blanqueo de capitales es muy importante y siempre figura en las discusiones doctrinales sobre la materia. Hay que recordar que la Convención de Viena y los documentos posteriores que la siguieron han suscrito una política criminal basada no solo en la represión del delito sino también en la prevención y recuperación de los daños causados por la criminalidad.

En este sentido, atento a la orientación internacional, el legislador brasileño ha introducido en la Ley de Blanqueo de Capitales algunas disposiciones que son muy relevantes y necesitan ser estudiadas para que se pueda comprender el sistema nacional antiblanqueo en su totalidad.

*Art. 4º El juez, mediante petición del Fiscal o de la autoridad policial, y manifestada la acusación dentro de un plazo de 24 horas, en el caso de que existan indicios suficiente de la infracción penal, podrá decretar medidas de preservación de bienes, derechos o valores pertenecientes al investigado o acusado, o que existan en nombre de terceras personas, que sean instrumento, producto o provecho de los delitos previstos en esta Ley o en las infracciones penales antecedentes.*

---

<sup>434</sup> “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

<sup>435</sup> En este sentido los “Informativos Oficiais do Supremo Tribunal Federal”: a) nº 471; b) nº 477; c) nº 498 y d) nº 531. Sobre este tema los siguientes juzgados de la Suprema Corte: a) Ministro Gilmar Mendes - RE 466343/SP; b) Ministro Marco Aurélio – Habeas Corpus nº 87585/TO. (Informativo do STF).

<sup>436</sup> Cfr. DELMANTO, R.: Leis Penais Especiais..., op.cit., pág. 574; TIGRE MAIA, R.: “Lavagem” de Dinheiro..., op.cit., pág. 125; ANTONIO DE BARROS, M.: “Lavagem” de capitais..., op.cit., pág. 225; PODVAL, R.: Leis Penais Especiais..., op.cit., pág. 2104; GOMES, L. F.: A lavagem de capitais como expressão do “direito penal globalizado”: enfoque crítico. En: SHECAIRA, S. (org.) Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). São Paulo, Método, 2001, pág. 233.

Técnicamente, todos los objetos que tienen relación directa con el delito pueden ser embargados por la autoridad, precisamente debido a la proximidad con el acto criminal.

Los objetos materiales y los instrumentos del delito deben ser embargados, aunque sean de origen legal. Tales objetos deben ser antes analizados, individualizados, y no deben ser devueltos a sus dueños mientras exista interés por parte del juez penal.

Con relación a los objetos indirectamente relacionados con los hechos, como el producto del delito, el Código de Procedimiento Penal determina su aprehensión o secuestro (tanto de bienes muebles como inmuebles).

En cualquier caso, no se puede olvidar la demostración de *fumus boni juris* y el *periculum in mora* en cada caso. Esta es una cautela esencial, que representa una medida de precaución excepcional y no significa un castigo anticipado<sup>437</sup>.

También dice la Ley Antiblanqueo:

*§ 2º El juez determinará la liberación total o parcial de los bienes, derechos o valores cuando demostrada la licitud de su origen, manteniendo la limitación de bienes, derechos o valores que sean necesarios y suficientes para reparar el daño causado por el delito y para pagar costes, multas y tasas que puedan advenir de la infracción penal.*

El juez puede cancelar el embargo de bienes cuando se demuestre la legalidad de su origen o naturaleza. Algunos autores lo han justificado sobre la base de la Convención de Viena de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, integrada en nuestro ordenamiento jurídico a través del Decreto N ° 154 de 26 de junio de 1991, que en su artículo 5, establece que "cada Parte considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba sobre el origen lícito del presunto producto u otros bienes sujetos a confiscación en la medida en que ello sea compatible con los

---

<sup>437</sup> En este sentido, DOMENICO, C.: Seqüestro e arresto de bens nos crimes contra o sistema financeiro e lavagem de capitais, en: REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo. RT, Ano 16, nº 75, p. 137. A autora traz um julgado contendo tal fundamentação (RSE 824, rel. Des. Napoleão Maia Filho, DJU 02.08.2006, p. 644): "o seqüestro dos bens dos acusados no processo penal não deve ser utilizado como forma de punição, pois o ordenamento jurídico veda o confisco de bens nesses casos, assegurando o direito individual de propriedade e a livre disposição dos bens"

principios de la legislación nacional y la naturaleza de sus procedimientos legales y otros procedimientos".

Por consiguiente, la interpretación que debe darse a este dispositivo es la compatible con la Constitución. Corresponde, pues, a la fiscalía demostrar que el secuestro del objeto es ilegal, y al hacerlo, evitar su liberación de forma permanente. Si no se demuestra la ilegalidad necesariamente debe restituirse, o más bien, se debe levantar el secuestro en los casos previstos por la ley, más precisamente en el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal: "I - si la acción penal no se lleva a cabo en dentro de sesenta días siguientes a la fecha en que se hayan completado la diligencia; II – si un tercero, a quien se han transferido la propiedad, presta caución para asegurar la aplicación de lo dispuesto en el art. 91, II a, b del Código Penal; III - si se juzga extinguida la punibilidad o absuelto el acusado, mediante sentencia firme”.

El Supremo Tribunal Federal entiende que el plazo para liberación del secuestro de bienes es limitado y varía de acuerdo con los procedimientos de investigación <sup>438</sup>.

Esta es la comprensión de los tribunales en cuanto al período de 60 días previsto en el Código de Procedimiento Penal<sup>439</sup>.

De todas formas entiendo que lo dispuesto en el párrafo 2º representa una situación que debe respetar el principio de inocencia y preservar derechos fundamentales, pues medidas como el secuestro, aprehensión, embargo y comiso de bienes – aunque sean de fundamental importancia en el campo de la lucha contra el

---

<sup>438</sup> “[...] Não é de se considerar vencido o prazo a que alude o § 1º do art. 4º da Lei nº 9.613/98, que é de 120 dias, pois ainda se encontram inconclusas as diligências requeridas pelo Ministério Público Federal, em ordem a não se poder iniciar a contagem do lapso temporal. Questão de ordem que se resolve pelo indeferimento do pedido de substituição de bens”. (Inq 2248 QO, Relator(a): Ministro. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2006, DJ 20-10-2006 PP-00049 EMENT VOL-02252-01 PP-00093 RTJ VOL-00200-01 PP-00041).

<sup>439</sup> “Levantamento de sequestro- Irregularidade no registro do ato no Cartório de Registro de Imóveis, que não compromete sua validade - Finalidade acautelatória e para conhecimento de terceiros - Excedimento do prazo bimestral para a propositura da ação penal, que não acarreta, necessariamente, o levantamento da garantia - Necessidade de demonstração de inércia do órgão da acusação - O prazo de sessenta dias pode ser superado, sempre que a apuração do delito se revista de complexidade a demandar maior lapso de tempo. Ordem denegada”. (TJSP, MS nº 01071257.3/0-0000-000. Relator Des. Ericson Maranhão. Número do acórdão 01347411).

blanqueo de capitales – no pueden representar en la práctica una pena anticipada, o una expropiación automática de bienes<sup>440</sup>.

La inversión de la carga de la prueba en esta materia debe ser tomada con las debidas cautelas y dentro de proporciones razonables que solo el caso concreto puede indicar<sup>441</sup>. En este sentido se manifiesta gradualmente la jurisprudencia y la doctrina penal.<sup>442</sup>

También afirma el legislador:

*§ 3º Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o caput deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no § 1º*

La disposición objeto de estudio aparentemente es abusiva, ya que requiere la presencia personal del acusado a ser capaz para el análisis (conocer) de la solicitud de restitución, que tiene una relación directa con el embargo, de conformidad con los artículos 118 a 124 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo tanto la doctrina como la jurisprudencia no han realizado críticas a esta norma, pues se entiende que el crimen organizado está ganando terreno en Brasil. Trátase se una cuestión de política-criminal. El procedimiento que se aplicará será el previsto para la devolución de las cosas embargadas (118 a 124 del Código de Procedimiento Penal), y una vez demostrada la propiedad indiscutible, los bienes deben ser devueltos. Las dudas son

---

<sup>440</sup> Cfr.: ANTONIO DE BARROS, M.: “Lavagem” de capitais..., op.cit., pág. 245.

<sup>441</sup> Cfr. TIGRE MAIA, R.: “Lavagem” de Dinheiro..., op.cit., pág. 131.

<sup>442</sup> “PROCESSUAL PENAL - RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS - INTERESSE AO PROCESSO - ART. 118 DO CPP - DESCABIMENTO - CRIME DE “LAVAGEM” DE DINHEIRO - EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA LICITUDE DOS BENS APREENDIDOS, PREVIAMENTE À RESTITUIÇÃO - ART. 4º, §2º, DA Lei 9.613/98 - APELAÇÃO IMPROVIDA. I - Antes do trânsito em julgado da sentença, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo, na forma do art. 118 do CPP. II - Existindo fortes indícios de que o numerário apreendido constitua produto ou proveito do crime, não devem ser restituídos, em face do seu interesse ao processo, enquanto não devidamente apurados os fatos, no processo criminal correspondente. III - Tratando-se de investigação acerca de crime de “lavagem” de dinheiro, exige-se a demonstração da licitude do numerário apreendido, previamente à restituição, por força do disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.613/98. IV - Apelação improvida”. (TRF 1, Apelação Criminal 200742000005620/RR. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 16/02/2009. Fonte e-DJF1 Data: 27/03/2009, Página 298).

discutidas en un procedimiento especial en apartado al proceso penal (un incidente procesal por lo tanto).

Otro aspecto muy importante relacionado con el delito de blanqueo es el relativo a la prisión provisional y la incautación de bienes en las primeras fases de la investigación. Así lo define el legislador:

*§ 4ºB – El orden de prisión de personas o las medidas de seguridad sobre bienes, derechos o valores podrán ser suspendidas o interrumpidas por el juez, mediante petición del Fiscal, siempre que su ejecución pueda causar daño o comprometer las investigaciones penales.*

En el caso de que existan motivos suficientes para ordenar el secuestro de bienes o la prisión el juez puede decidir libremente, pero antes necesita oír a la Fiscalía (que en este caso no funciona tan solo como órgano acusador sino también como instancia que vela por el cumplimiento de la Constitución). Por otro lado, aunque se haya decretado la prisión (preventiva o temporal) del imputado puede ser más interesante desde el punto de vista de la investigación y de la identificación directa o indirecta de toda la cadena u organización criminal, evitar la ejecución inmediata de la orden de prisión hasta un momento más apropiado cuando el conjunto de pruebas sea más robusto. Es evidente que existe el riesgo de que, tras el cumplimiento de la orden de detención las razones que la motivaron hayan desaparecido. Por tal razón estas medidas son provisionales y se mantienen mientras sean necesarias. En consecuencia insisto en afirmar que es de suma importancia que el juez revise diariamente la continuidad de los requisitos que son presupuesto de la prisión preventiva.

Otro aspecto relevante está relacionado con la *administración de los bienes* relacionados con el delito y que se encuentren bajo intervención judicial:

*Art. 5º Siempre que las circunstancias aconsejaren, el juez, mediante solicitud del Fiscal, podrá nombrar una persona física o jurídica de reconocida capacidad para la administración de los bienes, derechos o valores sujetos a medidas de seguridad, mediante la firma de un compromiso.*

*Art. 6º La persona que quede responsable por la administración de los bienes:*



*I – tiene derecho a una remuneración por su trabajo, a ser definida por el juez, que será pagada con los provechos o productos de los bienes que están siendo administrados;*

*II – este administrador tiene el deber de informar al juez periódicamente sobre la situación de los bienes que están bajo su responsabilidad, así como tiene la obligación de explicar con detalles sobre las inversiones y negocios que se realicen.*

*Parágrafo único. Todas las circunstancias relacionadas con la administración de los bienes bajo administración serán llevadas al conocimiento del Fiscal, que podrá solicitar al juez lo que bien entender pertinente.*

La nueva legislación ha adoptado la figura del administrador profesional, comprometido y fiscalizado por el Juez y el Ministerio Público. La intención del legislador es evitar que el patrimonio sobre el que pesa cualquier sospecha de ilicitud sea simplemente abandonado por su aparente dueño, y se deteriore, o pueda ser vendido o se diluya de manera incorrecta. El Juez siempre puede determinar que un auxiliar de la justicia realice los actos necesarios para la conservación de los bienes. La jurisprudencia entiende que no existe impedimento legal para que se pueda nombrar al propio acusado como fiduciario de los bienes embargados cuando esta medida no ponga en peligro el futuro de los bienes<sup>443</sup>. Tratándose de bienes embargados, el Código Procesal Penal

---

<sup>443</sup> Sobre el tema existe la siguiente Sentencia del Superior Tribunal Federal: “PROCESSUAL PENAL. RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS. VEÍCULOS. LICITUDE DA ORIGEM DO BEM NÃO COMPROVADA COM SUFICIENTE SEGURANÇA. DEPOSITÁRIO FIEL. POSSIBILIDADE. 1. Deve ser mantida a apreensão dos veículos em questão, por não se vislumbrar nos autos documento hábil a comprovar, com a necessária segurança, ter sido os bens adquiridos por meios lícitos. 2. O art. 118, do Código de Processo Penal determina que, antes do trânsito em julgado, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. É o que se verifica na espécie. 3. Quanto ao objeto recursal, consistente na pretensão de ser nomeado fiel depositário dos bens de propriedade do requerente, merece ser acolhido, porquanto não é imprescindível a manutenção da posse em poder da polícia ou sob custódia dessa. É esse posicionamento que vem prevalecendo nesta Turma, no sentido de que melhor atende ao interesse público que o bem permaneça com os nominais titulares, por terem maior preocupação e mais adequadas condições de evitar sua deterioração. 4. Quando se trata de pessoa jurídica, deve ser nomeado como depositário fiel seu representante legal, no caso, o requerente, a teor do Contrato Social (fl. 59). 5. Não se apresenta juridicamente possível a nomeação de terceiro, que não figura formalmente como proprietário do bem apreendido, como fiel depositário. Esta Corte tem admitido a nomeação do proprietário, não de terceiros. 6. Dou parcial provimento à apelação criminal”. (TRF 1, Ap. Criminal nº 2006.32.00.006421-0. Relator Desembargador Federal ÍTALO FIORAVANTI SABO MENDES. Data do Julgamento: 29/4/2008. Data da Publicação: 23/5/2008). Grifamos. No mesmo sentido, TJMS, Apelação criminal nº 2006.001430-6/0000-00. Relator Des João Carlos Brandes Garcia. Julg. Em 12.04.2006.

establece providencias similares<sup>444</sup>, haciendo referencia también a la figura del administrador, y determinando la aplicación de las disposiciones del Código Procesal Civil respecto al fiduciario, lo que no difiere mucho de lo previsto en el artículo en discusión. Así dispone la Ley de Procedimiento Civil aplicable a la Ley Antilavado: “Art. 148 - El depósito y custodia de los bienes incautados, detenidos, secuestrados o recaudados será confiado al depositario o el administrador, a falta de otra disposición legal. Art. 150 - El depositario o el fiduciario es responsable de los daños que por dolo o culpa, produzca a la parte, perdiendo la remuneración que se le ha atribuido; pero tiene derecho a recibir lo que legítimamente ha gastado en el ejercicio del cargo.”

Entre las funciones del administrador se encuentra cuidar de los bienes hasta la sentencia final y la consecuente pérdida en favor del Estado. Hasta entonces, será el único legitimado para velar por los intereses relativos a los bienes, no permitir que otra entidad u organismo intervengan en la causa<sup>445</sup>.

#### **2.4.11. Efectos de la sentencia penal en el ámbito del lavado de dinero**

Finalmente es necesario comentar importantes aspectos sobre la respuesta penal en el campo procesal y frente a los bienes relacionados con el delito.

Dispone el artículo 7º de la Ley Antilavado que son consecuencias de la condena (además de los previstos en el Código Penal):

“I - la pérdida, a favor de la Unión - y de los Estados, donde la competencia es del Tribunal del Estado - de todos los bienes, derechos y valores relacionados, directa o

---

<sup>444</sup> “Art. 139. O depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil”.

<sup>445</sup> “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. TÍTULO DE CRÉDITO. ADMINISTRAÇÃO DE BENS APREENDIDOS OU SEQUESTRADOS. PERDIMENTO. AÇÃO PENAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO. LEI 9.613/98. ENCARGO ATRIBUÍDO A ADMINISTRADOR JUDICIAL. DESIGNAÇÃO JÁ OCORRIDA POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. ILEGITIMIDADE ATIVA DA UNIÃO. 1. Falece à União Federal legitimidade para ajuizar demanda visando à cobrança de valores referentes a bens apreendidos ou seqüestrados e objeto de perdimento com base na Lei 9.613/98, em ação penal ainda não transitada em julgado, na medida em que, segundo previsão contida nessa mesma norma (art. 5.º), o gerenciamento desses bens está a cargo de um administrador judicial, nomeado em decorrência da concessão de segurança contra ato do juiz criminal que instava a União Federal a promover as medidas judiciais necessárias à recuperação de créditos referentes a bens acautelados em juízo. (Cf. TRF1, AC 2006.36.00.011137-6/MT, Sexta Turma, Desembargador Federal Souza Prudente, julg. de 29/10/2007; MS 2004.01.00.033651-0/MT, Segunda Seção, Desembargador Federal Tourinho Neto, DJ 16/06/2005.) 2. Apelação desprovida”. (TRF 1, Apelação civil nº 2005.36.00.004889-0. Data do Julgamento: 26/11/2007. Data da Publicação: 31/3/2008. Relator: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues”.

indirectamente, con la comisión de los delitos previstos en el presente documento, incluyendo los utilizados para pagar la fianza, sin perjuicio del derecho de la víctima o de un tercero de buena fe;

II - la prohibición de ejercer cargos públicos de ningún tipo y la función de director, miembro del consejo de administración o la gerencia de las personas jurídicas a las que se refiere el art. 9, por el doble del tiempo de privación de libertad aplicada [...]”.

El Código Penal establece efectos automáticos (art. 91) y no automáticos (art. 92) derivados de la condena. En consecuencia, los efectos en el caso de blanqueo de capitales son los siguientes:

a) medidas para garantizar la obligación de indemnizar el daño causado por la delincuencia (art. 91, I);

b) la pérdida del instrumento del delito a favor del Estado (sin perjuicio del derecho de la víctima o de un tercero de buena fe), siempre que consista en objetos cuya fabricación, venta, uso, posesión o detención constituya acto ilícito, así como los productos del delito o cualquier propiedad o valor que constituya el beneficio obtenido por el agente al practicar el acto criminal (91, II “a” e “b”);

c) la pérdida de la función pública o cargo político cuando la pena privativa de libertad sea por tiempo igual o superior a un año; en delitos cometidos con abuso de poder o cuando se aplique una pena de prisión superior a cuatro (4) años en los demás casos (art. 92, I “a” e “b”)

El inciso I del artículo es absolutamente innecesario, ya que se limita a repetir las disposiciones del Código Penal. En cuanto al inciso II, así como la previsión de la pérdida de la función pública, se añade la prohibición (imposibilidad de nuevamente ejercer) por un plazo que se aplica al doble de la pena de prisión.

La novedad es que la Ley Antiblanqueo permite prohibir a la persona condenada que ocupe un cargo de dirección o de asesoramiento de las entidades previstas en el artículo 9 de la Ley <sup>446</sup>. La disposición está pensada para las instituciones financieras,

---

<sup>446</sup> Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

las personas jurídicas que se dedican al comercio de piedras preciosas, obras de arte y objetos de lujo de alto valor.

En suma, es importante destacar que tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que los efectos de la condena del agente no son automáticos y deben constar expresamente en la sentencia<sup>447</sup>, incluso en lo que se refiere a los bienes, derechos y valores que se declaran perdidos para el Estado<sup>448</sup>.

#### **2.4.12. Los bienes, derechos o valores relacionados con delitos practicados en el extranjero**

El carácter transnacional del delito de blanqueo ha obligado al legislador a formular respuestas a este problema considerando la posibilidad de que ciertas medidas judiciales que inciden sobre derechos del autor del delito investigado puedan ser decretadas incluso en relación a delitos practicados en el exterior.

---

I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.

Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações:

I - as bolsas de valores e bolsas de mercadorias ou futuros;

II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização;

III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços;

IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos;

V - as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*) e as de fomento comercial (*factoring*);

VI - as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado;

VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual;

VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros;

IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo;

X - as pessoas jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;

XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades.

XII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie. (Incluído pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003)

<sup>447</sup> Cfr. TIGRE MAIA, R.: “Lavagem” de Dinheiro..., op.cit., pág.140.

<sup>448</sup> Cfr. ANTONIO DE BARROS, M.: “Lavagem” de capitais..., op.cit., pág. 259. Contra, considerando efeito automático, SPUZA NUCCI, G.: Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo:RT, 2007, pág. 726.

Es lo que dispone el artículo 8º de la Ley Especial Antiblanqueo:

*Art. 8º El juez determinará, caso exista un tratado o Convención internacional, y mediante petición de la autoridad extranjera, medidas de seguridad sobre bienes, derecho o valores relacionados con los delitos referidos en el art. 1º y que tengan sido practicados en exterior.*

*§ 1º El definido en este artículo puede ser aplicado con independencia de la existencia de un tratado o Convención siempre que la autoridad internacional que realiza la petición prometer reciprocidad a Brasil.*

*§ 2º Cuando no exista un tratado o Convención, los bienes, derechos y valores sujetos a medidas de seguridad, mediante petición de la autoridad extranjera, o los valores originados por su conversión en dinero o venta, serán compartidos entre el Estado que solicita las medidas y Brasil, en una proporción de mitad para cada uno, resguardados los derechos de los terceros de buena fe.*

Estas medidas están basadas en el principio de jurisdicción universal y en la cooperación internacional que encuentra respaldo tanto en la Constitución de Brasil como en los Convenios, Convenciones, Acuerdos y Tratados internacionales que el país reconoce como válidos.

Para la correcta ejecución de las medidas de garantía previstas en este artículo el instrumento que se utiliza se denomina *Carta Rogatoria* expedida por jueces extranjeros, admitiendo incluso la búsqueda y captura o secuestro *inaudiatum et altera*

*pars*<sup>449</sup>. Según la Constitución del año 1988, el artículo 105, "i" <sup>450</sup>, modificado por la Enmienda Constitucional N° 45, el Superior Tribunal de Justicia es la Corte que puede analizar los pedidos de jueces de otros países, validando sus órdenes para que puedan ser cumplidas por los jueces federales brasileños (conforme dispone el artículo 109, X de la Constitución) <sup>451</sup>. La forma de hacerlo y el procedimiento a seguir se encuentran descritos en los artículos 226-229 del Estatuto de la Suprema Corte de Brasil (Supremo Tribunal Federal)<sup>452</sup>.

Para que las medidas antiblanqueo o decisiones judiciales originadas en otros países puedan ser ejecutadas en Brasil es necesario que el juez penal extranjero presente pruebas suficientes de la existencia del delito antecedente, así como la existencia de una investigación o enjuiciamiento por un delito de blanqueo. También debe demostrar *fumus boni juris* y el *periculum in mora*, indispensable para el

---

<sup>449</sup> Neste sentido: “1. Carta Rogatória encaminhada pelo Ministério das Relações Exteriores a pedido da Embaixada da Bélgica, com o fim de verificar possível crime de “lavagem” de dinheiro envolvendo o empresário brasileiro descrito nestes autos, por solicitação do juízo de instrução, do Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, Bélgica. *Exequatur* deferido integralmente. [...] 6. A título de argumento *obiter dictum*, fora formulado pedido de busca e apreensão pelo juízo rogante, reclamando, na espécie, o contraditório diferido, sob pena de frustrar-se o ato de cooperação internacional, consoante o art. 8º, parágrafo único, do Resolução 09, de 04 de maio de 2005, deste sodalício (Precedente da Suprema Corte: HC 90.485 - SP, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Segunda Turma, DJ de 08 de junho de 2007). 7. A Resolução/STJ n.º 09/2005, nos parágrafos do seu art. 13, prevê a possibilidade de o interessado exercer o seu direito de defesa por meio de embargos e/ou agravo regimental contra qualquer decisão proferida no cumprimento de carta rogatória. É que as medidas cautelares, em nosso sistema processual, podem ser determinadas *inaudiatum et altera pars*; daí o contraditório postecipado. [...] 2. A aplicação da Lei 9.613/98 é inquestionável, face o juízo rogante investigar supostos crimes de “lavagem” de dinheiro, razão pela qual o Brasil, ao editar o Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004, tornou-se subscritor da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), a qual expressamente prevê, em seu art. 18, a realização de diligências de busca ou apreensão e se perfaz suficiente à denotar cooperação entre Brasil e Bélgica”. (STJ, EDcl na CR .438/BE, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2008, DJe 20/10/2008)

<sup>450</sup> “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias;”

<sup>451</sup> “Art. 109 - Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;”

<sup>452</sup> “Art. 226. Recebida a rogatória, o interessado residente no país será intimado, podendo, no prazo de cinco dias, impugná-la. § 1º Findo esse prazo, abrir-se-á vista ao Procurador-Geral, que também poderá impugnar o cumprimento da rogatória. § 2º A impugnação só será admitida se a rogatória atentar contra a soberania nacional ou a ordem pública, ou se lhe faltar autenticidade. Art. 227. Concedido o *exequatur*, seguir-se-á a remessa da rogatória ao Juízo no qual deva ser cumprida. Parágrafo único. Da concessão ou denegação do *exequatur* cabe agravo regimental. Art. 228. No cumprimento da carta rogatória cabem embargos relativos a quaisquer atos que lhe sejam referentes, opostos no prazo de dez dias, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público local, julgando-os o Presidente, após audiência do Procurador-Geral. Parágrafo único. Da decisão que julgar os embargos cabe agravo regimental. Art. 229. Cumprida a rogatória, será devolvida ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de dez dias, e por este remetida, em igual prazo, por via diplomática, ao Juízo ou Tribunal de origem.”

cumplimiento de la medida, conforme a los tratados internacionales sobre la materia<sup>453</sup>. En el caso de que no exista un tratado la autoridad extranjera debe garantizar explícitamente la reciprocidad en casos futuros que sean semejantes. En la actualidad los exhortos judiciales de otros países pasan por la vía diplomática y el Ministerio de Justicia antes de ser encaminados al Supremo Tribunal Federal, órgano que determina cual será el juez nacional responsable de atender el pedido que se formula desde otro país<sup>454</sup>. Las diferencias existentes entre los procedimientos penales nacionales y extranjeros se solucionan por el Supremo Tribunal Federal con base en la Convención de Palermo (artículos 12 a 14). Las medidas más frecuentes que se tramitan en la actualidad son el decomiso de bienes y la confiscación de activos relacionados con el crimen organizado.

Es importante señalar que existe una seria preocupación en relación a los derechos de terceros de buena fe (conforme el artículo 14 de la Convención de Palermo)<sup>455</sup>. El artículo hace referencia a las medidas de garantía, pero también trata de

---

<sup>453</sup> “EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES, “LAVAGEM” DE DINHEIRO E HOMICÍDIO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES: CRIME AUSENTE DO ROL TAXATIVO DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO CELEBRADO ENTRE O BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ENTENDIMENTO, DO PLENO, DE QUE ESSE CRIME FOI INSERIDO AUTOMATICAMENTE NO TRATADO ESPECÍFICO. AÇÃO PENAL EM CURSO NO BRASIL: CIRCUNSTÂNCIA NÃO IMPEDITIVA DA ENTREGA DO EXTRADITANDO AO PAÍS REQUERENTE, CONDICIONADA A JUÍZO DE OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ENTREGA DO EXTRADITANDO SUJEITA A COMPROMISSO FORMAL DE COMUTAÇÃO DA PENA EVENTUALMENTE IMPOSTA NO PAÍS REQUERENTE. 1. Extradicação instrutória, formalizada pelos Estados Unidos da América, visando a que o extraditando responda naquele País pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico de entorpecentes, “lavagem” de dinheiro e homicídio. Presença dos requisitos legais: dupla tipicidade, indicação precisa dos fatos e locais, documentação referente aos crimes e prazos prescricionais e não-ocorrência da prescrição em ambas as legislações. 2. Crime de “lavagem” de dinheiro. Ausência no rol taxativo do Tratado de Extradicação celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos da América. Entendimento, do Pleno (HC n. 92.598, j. em 13/7/07), de que esse crime foi inserido automaticamente no Tratado específico. Isso por fazer parte da lista de delitos da Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Palermo), da qual o Brasil e os Estados Unidos da América são signatários. 3. A circunstância de o extraditando responder a ação penal no Brasil não constitui óbice a sua entrega ao País requerente, sempre condicionada a juízo de oportunidade e conveniência do Presidente da República. Extradicação deferida, com a condição de que o Estado requerente assumira o compromisso formal de comutar eventual pena de prisão perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade não superior a 30 (trinta) anos, por força do que estabelece o artigo 75 do Código Penal, bem assim de descontar o tempo de prisão que, no Brasil, foi cumprido em razão da extradicação”. (Ext 1103, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-01 PP-00181).

<sup>454</sup> ANTONIO DE BARROS, M.: “Lavagem” de capitais..., op.cit., pág. 269.

<sup>455</sup> Así se expresa la Convención que está incorporada al Derecho brasileño: “Artigo 14. Disposição do produto do crime ou dos bens confiscados. 1. Um Estado Parte que confisque o produto do crime ou bens, em aplicação do Artigo 12 ou do parágrafo 1 do Artigo 13 da presente Convenção, disporá deles de acordo com o seu direito interno e os seus procedimentos administrativos. 2. Quando os Estados Partes

regular la repatriación futura o la repartición de lo que no puede ser devuelto a terceros de buena fe.

#### **2.4.13. Blanqueo en relación con el delito de terrorismo y su financiación**

El terrorismo es una realidad que genera intensa preocupación internacional y que ha venido provocando a los largo de las últimas décadas transformaciones legales y ha modificado la política-criminal internacional. Los efectos de esta realidad han determinado que la Constitución federal de Brasil del año 1988 haya demostrado su preocupación por el terrorismo (CF art. 5, XLIII). Sin embargo, hasta el momento no existe en el país una legislación penal que trate del tema, y los delitos de terrorismo o su financiación no se encuentran tipificados en el Derecho penal brasileño. El sistema penal hace algunas referencias a actos equiparados al terrorismo en la Ley 8.072/90 (crímenes atroces) y en el artículo 20 de la Ley de Seguridad Nacional (Ley 7170/83). En el ámbito administrativo existe una referencia al acto terrorista en el artículo 1, apartado 4 de la Ley 10.744 / 03<sup>456</sup> que describe conductas consideradas terroristas, pero sin carácter penal. No obstante, no existe ninguna ley que tipifique el terrorismo como un delito así como no hay en el ordenamiento jurídico brasileño un tipo penal de financiación del terrorismo<sup>457</sup>.

La Convención Internacional de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999 ha sido incorporada al sistema jurídico del país por Decreto 5640 del 26 de diciembre 2005. Aunque existe un compromiso de los

---

agirem a pedido de outro Estado Parte em aplicação do Artigo 13 da presente Convenção, deverão, na medida em que o permita o seu direito interno e se tal lhes for solicitado, considerar prioritariamente a restituição do produto do crime ou dos bens confiscados ao Estado Parte requerente, para que este último possa indenizar as vítimas da infração ou restituir este produto do crime ou estes bens aos seus legítimos proprietários. 3. Quando um Estado Parte atuar a pedido de um outro Estado Parte em aplicação dos Artigos 12 e 13 da presente Convenção, poderá considerar especialmente a celebração de acordos ou protocolos que prevejam: a) Destinar o valor deste produto ou destes bens, ou os fundos provenientes da sua venda, ou uma parte destes fundos, à conta criada em aplicação da alínea c) do parágrafo 2 do Artigo 30 da presente Convenção e a organismos intergovernamentais especializados na luta contra a criminalidade organizada; b) Repartir com outros Estados Partes, sistemática ou casuisticamente, este produto ou estes bens, ou os fundos provenientes da respectiva venda, em conformidade com o seu direito interno ou os seus procedimentos administrativos.”

<sup>456</sup> “Art. 1º Fica a União autorizada, na forma e critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, a assumir despesas de responsabilidades civis perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo”.

<sup>457</sup> No mesmo sentido, TIGRE MAIA, R.: “Lavagem” de Dinheiro..., op.cit., pág. 73. ANTONIO DE BARROS, M.: “Lavagem” de capitais..., op.cit., pág. 127.



Estado Parte a adoptar las medidas necesarias para tipificar tales actos como delitos, de conformidad con su legislación nacional, sancionando las conductas enumeradas en tales convenios (art. 4º) , esta norma es tratada en Brasil como una mera referencia político-criminal, no atendida en integralidad ante la ausencia de delitos específicos que posibiliten la punición de tales conductas.

La jurisprudencia sobre esta materia es prácticamente inexistente. Hasta el momento no hay ninguna manifestación de los tribunales superiores brasileños sobre el terrorismo y las relaciones entre financiación del terrorismo y el blanqueo de dinero.

#### **2.4.14. El blanqueo y sus relaciones con la criminalidad organizada**

El problema de la criminalidad organizada es mundialmente conocido y también en Brasil existe una fuerte preocupación en cuanto a sus efectos.

Hasta el año 1995 el país no tenía ninguna norma sobre la materia. La primera ley federal sobre el tema - Ley 9.034/95 - trató de regular el procedimiento policial y de la fiscalía para luchar contra las organizaciones criminales, pero nunca definió dichas organizaciones. Tanto es así que la redacción original del artículo 1 debió ser modificada para la inclusión de los delitos de pandillas, definidos en el artículo 288 del Código Penal. Esta legislación no ha llegado a definir el significado de *organización criminal* o *crimen organizado*. Por consiguiente, para la mayoría de los autores, el blanqueo no podía admitir el crimen organizado como delito antecedente pues no había ninguna definición legal sobre lo que se debía considerar como una organización criminal. La jurisprudencia también se ha pronunciado a favor de la imposibilidad de permitir la imputación del blanqueo de capitales sin la existencia de una definición legal del concepto de delincuencia organizada<sup>458</sup>. No obstante, cierto sector de la doctrina ha entendido que después de la ratificación de la Convención de Palermo la Ley 9.034/95 serviría de base para la definición del delito antecedente del blanqueo en lo que se refiere al crimen organizado. En esta época el sistema adoptado para tipificar el blanqueo utilizaba el sistema de listas, de tal forma que el crimen organizado figuraba entre los delitos antecedentes del blanqueo.

---

<sup>458</sup> Cf. nota nº 14.

Fue en el año 2013 en que el problema ha sido solucionado mediante la promulgación de la Ley Federal 12.850/13 que tipifica el delito de participación en una organización criminal:

“Art. 1, § 1 se considera organización criminal la asociación de cuatro (4) o más personas estructuralmente ordenadas y que se caracterizan por la división del trabajo, aunque sea de manera informal, con el fin de obtener, directa o indirectamente, una ventaja de cualquier naturaleza, por comisión de delitos cuyas penas máximas son superiores a 4 (cuatro) años, o que tienen un carácter transnacional.

§ 2. Esta ley se aplica también a:

I - los delitos previstos en los tratados o convenios internacionales, cuando practicados en el país y el resultado pueda ocurrir en el extranjero, o viceversa;

II - las organizaciones terroristas internacionales, reconocidas bajo las normas del derecho internacional de los cuales Brasil es parte y cuyos actos de apoyo al terrorismo, así como la preparación o comisión de actos de terrorismo se producen o pueden producirse en Brasil .

Art. 2 Promover, establecer, financiar o integrar, en persona o a través de un intermediario, una organización criminal:

Pena - reclusión de tres (3) a ocho (8) años y multa, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a otros delitos cometidos.

§ 1. Las mismas penas se aplican a aquellos que impiden o de cualquier manera perturban la investigación de las infracciones penales que implican a una organización criminal".

Desde entonces la legislación penal brasileña ha pasado a considerar el crimen organizado (la participación en organización criminal) como un delito antecedente. Además, en el sistema actual ya no más existe el sistema de listas, por lo que el artículo primero de la Ley Antiblanqueo permite la punición con base en cualquier infracción penal anterior.

Las relaciones entre el blanqueo y la delincuencia organizada son múltiples y variadas, ya que las organizaciones criminosas utilizan a menudo técnicas de blanqueo

para la circulación de sus riquezas dentro del sistema financiero. Estas relaciones serán abordadas a lo largo de este trabajo de investigación.

### **3. El GAFI**

El GAFI (Grupo de Acción Financiera también conocido por FAFT (*Financial Action Task Force*) ha sido creado con el objetivo de formular estándares internacionales en materia de blanqueo de dinero y, posteriormente, también sobre la financiación del terrorismo. Estos objetivos se han materializado principalmente a través de análisis del sistema jurídico internacional y de los distintos países, de sus respectivas estructuras administrativas, concluyendo con la formulación de “Recomendaciones” de sentido orientativo. Las primeras Recomendaciones fueron redactadas en el año 1990, basadas en la prevención del delito de blanqueo relacionado al tráfico ilícito de drogas. Este instrumento ha recibido el nombre de “40 Recomendaciones” que fueron modificadas en el año 1996 para reflejar la evolución del blanqueo de dinero y sus técnicas, y para ampliar el espectro de los delitos relacionados con la materia.

Posteriormente, en el año 2001, después del atentado a las Torres Gemelas en EEUU, el GAFI expandió sus objetivos contra la financiación de actos y organizaciones terroristas mediante la inclusión de las llamadas “VIII Recomendaciones Especiales” para la prevención de la financiación del terrorismo. Dos años después (en 2003) estas “40 Recomendaciones” fueron revisadas por segunda vez, y en el año 2008 se incorporó la Recomendación Especial IX, relacionada a los estándares contra la financiación del terrorismo.

La más reciente revisión del texto ha sido en febrero de 2012 ocasión en que las “40 Recomendaciones” y las “IX Recomendaciones Especiales” fueron unificadas en un sólo texto, abarcando el lavado de activos, la financiación del terrorismo, así como también la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva.

Una de las características más importantes de este sistema unificado fue la orientación político-criminal dada por el texto, que desde entonces está basado en un *Enfoque de prevención del Riesgo* focalizado en una forma más directa de cumplimiento y orientación a los países que puedan inspirarse en el texto.

#### **3.1. Origen y finalidad del organismo**

En los años 80 se había formado en el ámbito internacional la convicción de que era necesaria la creación de una estrategia no gubernamental para el desarrollo y promoción de políticas nacionales e internacionales para combatir el blanqueo de

dinero<sup>459</sup>. La idea definitiva que ha determinado el nacimiento de un organismo formal ha surgido de encuentros del denominado “G 7”, grupo representado por los siete países más industrializados del mundo. Con sede en París, junto a la OCDE<sup>460</sup>, el GAFI se reúne periódicamente<sup>461</sup> para ajustar estrategias y realizar el acompañamiento de las medidas que los países adoptan para la implementación de las propuestas preventivas presentes en la legislación internacional antiblanqueo de capitales, así como las Recomendaciones que el propio organismo ha redactado con base a informes y datos provenientes de Naciones Unidas y de los Estados miembros de la comunidad internacional. Su origen está vinculado a ideales de prevención y represión de delitos de especial gravedad enfocado hacia el blanqueo de capitales.

### **3.2. Características principales del organismo (el sistema de Recomendaciones)**

En la actualidad el GAFI tiene una estructura compuesta por tres niveles:

- a) Un núcleo central compuesto por 36 miembros plenos (34 jurisdicciones y dos organizaciones internacionales);
- b) Un grupo de 8 miembros asociados (instancias regionales al estilo del mismo GAFI);
- c) Un cuerpo de 25 miembros observadores que provienen de organizaciones internacionales con implicaciones directas o indirectas en la materia.

Los países miembros<sup>462</sup> del GAFI están organizados alrededor de un grupo de Estados<sup>463</sup>, que trabajan junto a un grupo de “Miembros Asociados al GAFI”<sup>464</sup>

---

<sup>459</sup> Posteriormente, esta convicción se ha ampliado para incluir la financiación del terrorismo.

<sup>460</sup> La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos es un organismo de cooperación internacional, compuesto por 34 estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. La OCDE fue fundada en 1960 y su sede central se encuentra en el Château de la Muette, en París (Francia). En su ámbito los representantes de los países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y colaborar a su desarrollo y al de los países no miembros.

<sup>461</sup> Las reuniones ordinarias de trabajo ocurren a cada cuatro meses (en febrero, junio y octubre).

<sup>462</sup> La lista de miembros se encuentra permanentemente actualizada en: <http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/membersandobservers/>

<sup>463</sup> Alemania; Sudáfrica; Argentina; Australia; Austria; Bélgica; Brasil; Canadá; China; Dinamarca; España, Estados Unidos; La Comisión Europea; Finlandia; Francia; Grecia; Gulf Co-operation Council; Hong Kong, India Irlanda; Italia; Japón; Luxemburgo; Malasia; México; Corea; Netherlands, Kingdom of New Zealand; Noruega; Portugal; Rusia; Singapur; Suecia; Suiza; Turquía; Reino Unido.

asesorados por organismos observadores<sup>465</sup>, todos reunidos para viabilizar los objetivos trazados anualmente por el organismo.

La *presidencia* del grupo cambia periódicamente, precisamente para posibilitar una democrática participación de diferentes países y evitar que el organismo esté bajo influencia de tan solo una zona de pensamiento geopolítico. Cada año se producen cambios en la dirección del grupo organizador y en los encuentros realizados se proporciona a las delegaciones de los países miembros la oportunidad de discutir los temas más destacados del momento, las cuestiones críticas y relevantes, así como los proyectos de futuro. Tras los debates, los expertos elaboran informes y síntesis debatidas y aprobadas en secciones plenarias abiertas a votación. El conjunto de estos documentos suministra fundamentos para nuevas iniciativas del GAFI, y respalda la toma de postura del instituto frente a países o instituciones que no cumplen con las metas establecidas en sus respectivas jurisdicciones o los compromisos asumidos a partir de tratados y acuerdos internacionales.

Con el paso del tiempo, el GAFI se ha convertido en el principal referente internacional en el tema antiblanqueo, sea por su incuestionable credibilidad, sea por los

---

<sup>464</sup> Compuesto por los siguientes organismos: Asia/Pacific Group on Money Laundering (APG); Caribbean Financial Action Task Force (CFATF); Council of Europe Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism (MONEYVAL); Eurasian Group (EAG); Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group (ESAAMLG); Financial Action Task Force of Latin America (GAFILAT); formerly known as Financial Action Task Force on Money Laundering in South America (GAFISUD); Intergovernmental Action Group against Money Laundering in West Africa (GIABA); Middle East and North Africa Financial Action Task Force (MENAFATF).

<sup>465</sup> Este grupo de observadores es compuesto por los siguientes organismos: African Development Bank; Anti-Money Laundering Liaison Committee of the Franc Zone (CLAB); Asian Development Bank; Basel Committee on Banking Supervision (BCBS); Commonwealth Secretariat; Egmont Group of Financial Intelligence Units; European Bank for Reconstruction and Development (EBRD); European Central Bank (ECB); Eurojust; Europol; Group of International Finance Centre Supervisors (GIFCS); Inter-American Development Bank (IDB); International Association of Insurance Supervisors (IAIS); International Monetary Fund (IMF); International Organisation of Securities Commissions (IOSCO); Interpol; Interpol/Money Laundering; Organization of American States / Inter-American Committee Against Terrorism (OAS/CICTE); Organization of American States / Inter-American Drug Abuse Control Commission (OAS/CICAD); Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD); Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE); Task Force on Money Laundering in Central Africa (GABAC); United Nations - United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC); United Nations Counter-Terrorism Committee Executive Directorate (UNCTED); The Analytical Support and Sanctions Monitoring Team to the Security Council Committee pursuant to resolutions 1267 (1999) and 1989 (2011) concerning Al-Qaida and associated individuals and entities; The Expert Group to the Security Council Committee established pursuant to resolution 1540 (2004); Panel of Experts to the Security Council Committee established pursuant to resolution 1718 (2006); Panel of Experts established pursuant to Security Council resolution 1929 (2010); The Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee (1267 Committee); World Bank World Customs Organization (WCO).

innegables avances que ha proporcionado al nuevo panorama legislativo sobre la materia<sup>466</sup>.

Su principal método de trabajo y acción está basado en el sistema de *Recomendaciones*, las cuales consisten en la reunión de estándares sobre la materia en un único texto como forma de proporcionar inspiración y orientación a los Estados miembros de la comunidad internacional en el momento de la toma de decisiones acerca de asuntos legislativos.

Con base en estas Recomendaciones los Estados son evaluados para que se pueda conocer su nivel de cumplimiento de los objetivos internacionalmente establecidos en el campo de la lucha antiblanqueo. Desde del año 1990 el GAFI utiliza básicamente dos métodos de evaluación: a) la autoevaluación anual (*annual self-assessment*) y b) evaluaciones mutuas (*mutual evaluations*). Las autoevaluaciones son realizadas tanto por el país miembro como por un grupo de expertos que visitan las instituciones y organismos locales para constatar el nivel de cumplimiento de las Recomendaciones. Los países responden a una serie de cuestiones técnicas<sup>467</sup> y ponen a disposición de los expertos sus datos oficiales para la elaboración de un informe de seguimiento.<sup>468</sup>

El sistema de Recomendaciones posibilita la creación de una estrategia de análisis de riesgo y conocimiento de los agentes financieros y clientes llamado *compliance*, sistema basado en el cumplimiento de obligaciones por parte de entidades del sector privado (los denominados sujetos obligados) que tienen deberes de evaluación de riesgos y de saber con el máximo de precisión posible cuál es la naturaleza de los negocios que se realizan así como la verdadera identidad de sus

---

<sup>466</sup> Aunque sea de discutible rigor dogmático-penal muchos de los cambios recientes, principalmente los que se han producido, por ejemplo, en el texto de la legislación penal accidental de los últimos tiempos (principalmente en el campo del adelantamiento de las barreras de protección de la norma penal).

<sup>467</sup> Denominadas “*The self-assessment exercise consists of a detailed questionnaire and an in-depth discussion at the final Plenary meeting*”

<sup>468</sup> “*The follow-up reports*”.

clientes, actividad que necesita ser llevada a cabo bajo la amenaza de sanciones en caso de incumplimiento<sup>469</sup>.

Por otro lado, los países que no atienden a las reglas mínimas de seguridad y fiscalización de operaciones financieras pueden ser incluidos en una *lista negra* (*black list*) pasando a figurar como un Estado no cooperante sujeto a sanciones. Tales sanciones pueden variar desde una advertencia por medio de una notificación que indique los problemas encontrados, pasando por una visita especial al país para la fiscalización directa y orientación de instituciones o autoridades, hasta la exclusión del Estado de la lista de países miembros. De esta forma queda claro que el sistema no se reviste de un mero carácter orientativo y busca alcanzar objetivos muy concretos.

Considero que el sistema de recomendaciones (combinado con un sistema de compromisos) es de gran utilidad, aunque es necesario reconocer que su implantación es compleja y está sujeta a influencias e incertezas, algo que es natural cuando se piensa en una estrategia basada en datos suministrados por los propios países fiscalizados. Por otro lado el conocimiento empírico demuestra que en el campo de la criminalidad económica es necesario considerar cierto margen de tolerancia en función de la existencia de cifras negras. De todas formas, ante la falta de otras alternativas y métodos creo que en la actualidad ésta es la mejor opción que se puede alcanzar, algo que es muy positivo cuando se mira la cuestión desde una perspectiva preventiva y bajo una filosofía científica basada en la acumulación de datos esenciales para la toma de futuras decisiones en el campo de la lucha antiterrorista y antiblanqueo.

---

<sup>469</sup> Como explica BANCO CORDERO: “El eje fundamental de estas normas es la imposición de obligaciones a entidades del sector privado (los denominados sujetos obligados), especialmente bancos e instituciones financieras, aunque también otros. En este sistema de prevención del blanqueo de capitales se asigna a los sujetos obligados la tarea de informantes internos (*whistleblowers*), que deben detectar e informar de cualquier operación que pueda estar vinculada al blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, corriendo el riesgo de ser castigados en caso de no hacerlo. Se sitúa a los sujetos obligados en una posición ciertamente comprometida en la «cadena antiblanqueo» (*AML chain* en inglés), MARTÍN BARBERO, 2004, 29), que plantea en ocasiones un claro conflicto de intereses. Estamos hablando de empresas con fines comerciales que persiguen maximizar beneficios, y se presentan ante la sociedad y sus clientes como instituciones fiables y de confianza. Ahora bien, esa confianza de la clientela se pone en entredicho cuando se les obliga a vigilar las operaciones de sus clientes, actuando así como una institución inspectora (y delatora). El cumplimiento de estos deberes, evidentemente, colisionará con los intereses de algunos de sus clientes, que quieren realizar sus operaciones financieras con el máximo de sigilo. Pero también los sujetos obligados se encuentran en una situación en la que son objeto de máxima vigilancia, dado que a su vez son controlados por las autoridades (porque pueden ser potenciales delincuentes).” Así en: BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 101.

### **3.3. Las nuevas Recomendaciones del año 2012**

A raíz del pedido formulado en su día por el “G 7” el grupo ha elaborado las primeras “40 Recomendaciones” que suponen medidas concretas contra el blanqueo de capitales, instrumento que se ha convertido en el principal referente internacional sobre el tema en manos de autoridades y operadores económicos. El texto de este documento consiste básicamente en una serie de medidas destinadas a orientar al sistema financiero para que adopte “buenas practicas” en el momento de prevenir la utilización del tráfico jurídico-económico como cauce de operaciones de fondo ilícito, o a la instrumentalización del sistema bancario en manos del crimen organizado.

Posteriormente se han revisado las primeras recomendaciones suplantadas por un documento de contenido más amplio (al poner énfasis en la prevención y cuidar de manera más detallada el problema del terrorismo y su financiación). Las nuevas Recomendaciones del GAFI siguen una estructura pautada por los temas que fueron también destacados con ocasión de la elaboración de la Convención de Viena de 1988. Es correcto afirmar, incluso, que ambos documentos se encuentran imbricados, de suerte que su combinación se ha convertido en fuente de inspiración para cualquier norma general concebida en los últimos tiempos sobre la materia. Para comprender el alcance y real significado del trabajo del GAFI hay que analizar muy de cerca la estructura de sus recomendaciones, tarea necesaria que posibilita una mirada amplia sobre fundamentos muy difundidos hoy en día en el mundo de los mercados financieros y en la manera cómo actúan las fuerzas policiales, administrativas y judiciales. Por razones obvias, el foco de nuestras consideraciones versa sobre las actuales recomendaciones, publicadas en el año 2012, considerando que éstas expresan el último posicionamiento del Grupo, y son la quintaesencia de su actitud acerca del tema.

En términos generales las “40 nuevas Recomendaciones” del GAFI giran alrededor de temas específicos relacionados con la evaluación de riesgos, la cooperación internacional en esta materia, los criterios para definir la conducta de lavado de dinero, el decomiso de bienes procedentes de estas actividades, además de medidas preventivas frente al blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Los siete apartados del documento constituyen una estrategia que busca atribuir transparencia a las operaciones financieras, dentro de un marco que establece responsabilidades a las autoridades públicas. Además, hace especial referencia a las personas jurídicas y corporaciones, dejando clara su importancia en esta materia.



Las medidas recomendadas están basadas en la prevención, indicando que el control de riesgos sería la vía preferente en las estrategias de lucha contra el delito. Sin embargo el conjunto de medidas indicadas han supuesto en la práctica cierto recrudecimiento de la respuesta por parte de los Estados al problema tanto del blanqueo de capitales como de la financiación del terrorismo. Sobre este último aspecto, como se verá más adelante, el tema de la financiación del terrorismo ha ganado espacio en el texto de las recomendaciones.

La creciente inseguridad global que se ha manifestado por cuenta del avance del terrorismo, principalmente el de corte fundamentalista, ha aproximado al GAFI a las Naciones Unidas. Esta convergencia se ha producido a través de una mejor atención a las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, principalmente en lo que se refiere a la financiación del terrorismo y el control de armas de destrucción masiva.

Por consiguiente se han incorporado disposiciones como las Recomendaciones número 5 y 7, que se ocupan de la financiación del terrorismo.

En lo que se refiere a la tipificación de la financiación del terrorismo el texto es explícito en afirmar que “los países deben tipificar la financiación del terrorismo en base al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, y deben tipificar no sólo el financiamiento de actos terroristas, sino también el financiamiento de organizaciones terroristas y terroristas individuales, aún en ausencia de un vínculo con un acto o actos terroristas específicos.” Esta tipificación es fundamental para que la financiación de terrorismo pueda ser considerada un delito antecedente del blanqueo de capitales. Por esta razón, el mismo inciso 5 afirma al final que “los países deben asegurar que tales delitos sean designados como delitos determinantes del lavado de activos.”

A su vez la Recomendación numero 7 supone un claro refuerzo para el cumplimiento de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, ya que no atender compromisos de este rango conllevaría la imposición de sanciones financieras y el congelamiento de activos o fondos de aquellos que contribuyan al incumplimiento de dichas normas .

El eje de tales disposiciones se encuentra en el bloqueo de bienes y el decomiso como formas de dar una rápida respuesta a actividades que pueden comprometer la seguridad global.

Aunque los documentos emitidos por el GAFI (fundamentalmente recomendaciones y pronunciamientos) no tengan un carácter vinculante, su enorme influencia política y reconocimiento por parte de los organismos administrativos de los Estados destinados a combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo han influenciado el desarrollo normativo de las legislaciones internas de los países, inspirando buenas prácticas y nuevas metodologías de trabajo.

Las medidas propuestas tienen en cuenta los diferentes niveles de amenaza a los que están sometidos los Estados, recomendando las más graves respuestas para las infracciones de mayor impacto y reservando para situaciones de menor riesgo las medidas correspondientes.

En el ámbito de las personas jurídicas destacan las recomendaciones relacionadas con la transferencia electrónica de capitales y la utilización de corporaciones para el control de sectores de la economía.

La verificación del cumplimiento de las metas establecidas por el GAFI se establece por medio de un conjunto de medidas que incluyen la visita de expertos a los países miembros para la realización de entrevistas a autoridades locales en base a datos oficiales acerca de la situación legislativa y administrativa de la lucha antiblanqueo. Esta evaluación posibilita la elaboración de un informe final de la Dirección General del GAFI cuya aprobación es de fundamental importancia para demostrar el nivel de cumplimiento de la normativa internacional por parte de cada Estado.

### **3.4. La reciente evaluación de España en el año 2014**

España ha sido el primer país que se ha sometido a los nuevos estándares de las normas del GAFI y de manera general el resultado de su evaluación ha sido muy positivo<sup>470</sup>. El informe sobre la “Cuarta Ronda de Evaluación Mutua”<sup>471</sup> publicado en

---

<sup>470</sup> El resultado de los trabajos de análisis fueron publicados constan del documento oficial denominado: “FATF (2014) – Medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo – España, Informe sobre la Cuarta Ronda de Evaluación Mutua, FATF.” (The FATF Mutual Evaluation Report).

París el 5 de diciembre de 2014 reconoce que el país ha actualizado su legislación para luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, con especial relevancia para el buen trabajo de la unidad de inteligencia financiera local (SEPBLAC)<sup>472</sup> y los innegables avances en el campo de la lucha antiterrorista (con especial referencia al caso de ETA). Del mismo modo ha merecido destacarse la disponibilidad por parte del país a colaborar ampliamente a nivel internacional así como la solidez de sus instituciones. El control de operaciones inmobiliarias y bases de datos de notarios han sido referencias positivas, del mismo modo que la implementación de medidas preventivas por parte del sector bancario (lo que pone de relieve la adopción de "buenas prácticas" que han registrado éxitos significativos en la investigación y la persecución del blanqueo de dinero).

Por otro lado, a pesar de los avances en muchos sectores (y aunque las autoridades españolas hayan demostrado su capacidad en casos complejos y de gran importancia) se ha criticado el bajo índice de condenas judiciales impuestas en relación a esta categoría de delitos. En cuanto a las penas, la aplicación de elevadas multas – muchas de ellas alcanzando millones de euros – no ha impedido la denuncia del bajo número de condenas de prisión, incluso en casos graves, al igual que escasas penas de inhabilitación.

---

<sup>471</sup> Esta evaluación se basó en las Recomendaciones del GAFI de 2012 y se preparó aplicando la Metodología 2013. La evaluación se fundó en información facilitada por España, y en información obtenida por el equipo de evaluación durante su visita in situ a España entre el 21 de abril y el 7 de mayo de 2014. La evaluación fue realizada por un equipo de evaluación formado por: Maud Böklerink, Dutch Central Bank (DNB), Países Bajos (experta financiero); Nicolas Choules-Burbidge, Office of the Superintendent of Financial Institutions, Canadá (experto financiero); Paul DerGarabedian, Office of Terrorist Financing and Financial Crimes, Departamento del Tesoro, Estados Unidos (experto de la unidad de inteligencia financiera (UIF)/ fuerzas y cuerpos de seguridad); Esteban Fullin, Secretaría de GAFISUD (experto en asuntos jurídicos); Sylvie Jaubert, TRACFIN, Francia (experta de UIF/cuerpos y fuerzas de seguridad); Davide Quattrocchi, Guardia di Finanza, Italia (experto de fuerzas y cuerpos de seguridad/asuntos jurídicos); Nadine Schwarz, Departamento Jurídico, Fondo Monetario Internacional (FMI) (experta en asuntos jurídicos); y Rick McDonnell, Tom Neylan y Valerie Schilling de la Secretaría del GAFI. El informe fue revisado por: António Folgado, Ministro de Justicia (Portugal); John Ringguth (Secretaría de MONEYVAL); y Golo Trauzettel, Autoridad de Supervisión Financiera Federal (BaFin) (Alemania). El trabajo se ha realizado a partir de la *Metodología Estándar 2013*, lo que significa que, en cuanto a su naturaleza, es notablemente diferente de evaluaciones anteriores. Esta metodología incluye las nuevas obligaciones introducidas en la revisión de 2012 de las Recomendaciones del GAFI, y, por lo tanto, la evaluación del cumplimiento técnico no es directamente comparable con la evaluación previa, y también analiza la eficacia del sistema español de PBC/FT en función de la nueva metodología de evaluación de la eficacia, que adopta un enfoque básicamente diferente en la evaluación del cumplimiento técnico. El informe presenta las conclusiones sobre el grado en que las medidas de prevención de blanqueo y financiación están funcionando en la práctica, a partir de un análisis exhaustivo de la medida en que el país logra alcanzar un conjunto definido de resultados que son esenciales en un sistema antiblanqueo más sólido con base en información de naturaleza tanto cuantitativa como cualitativa.

<sup>472</sup> En este tema España logra una eficacia 'alta' relativa a la inteligencia financiera.

España todavía es – bajo la mirada del GAFI –un país que posee debilidades en la implementación sumaria de sanciones financieras para permitir congelar los activos relacionados con el terrorismo sin que exista una condena firme, algo que estaría descompasado con la estrategia asumida por la normativa internacional en las últimas décadas. En este mismo sentido se ha criticado la tardanza del país en incorporar y transponer al sistema jurídico interno las disposiciones de Naciones Unidas en materia de financiación del terrorismo.

Es cierto que algunas de estas críticas han sido matizadas por las últimas reformas legislativas penales en materia de terrorismo, y por una firme actuación de España en relación al terrorismo de corte fundamentalista.

Finalmente no se ha dejado de mencionar el siempre controvertido tema de la abogacía, sector donde el cumplimiento de la normativa internacional es considerado "variable", lo que supone un motivo de "particular preocupación".

De todas formas, es de destacar que de las 40 recomendaciones que realiza el grupo, en 37 de ellas España ha sido evaluada con un 'cumplido' o 'mayormente cumplido', mientras que en las tres restantes el grupo considera que su recomendación está 'parcialmente cumplido'. De los once puntos verificados España ha logrado en uno la más alta calificación (la inteligencia financiera). En otros siete puntos (relacionados con las prácticas financieras) se ha obtenido una calificación de sustancial eficiencia. Por ende la eficacia de tres medidas, relacionadas con las sanciones concretas, tanto en blanqueo de dinero como en financiación del terrorismo, han sido consideradas de “moderada” eficacia<sup>473</sup>.

El menor grado de cumplimiento en estas tres recomendaciones (que hacen referencia, respectivamente, a las sanciones financieras relacionadas al terrorismo y a su financiación, a las sanciones financieras relacionadas a la proliferación de armas de

---

<sup>473</sup> Comparativamente con la anterior análisis realizada en el año 2006 las conclusiones de la evaluación fueron que el país cumplía (C) 10 Recomendaciones, cumplía mayoritariamente (LC) 22 Recomendaciones y parcialmente (PC) otras 12, y no cumplía (NC) 3 Recomendaciones. Se consideró que dos Recomendaciones no eran aplicables (NA). España recibió una calificación C o LC en 13 de las 16 Recomendaciones Principales Clave. El país entró en un proceso de seguimiento periódico del que salió en octubre de 2010, dado que había alcanzado un grado de cumplimiento suficiente (LC como mínimo) de todas las Recomendaciones Principales Clave.

destrucción masiva y a las transferencias electrónicas)<sup>474</sup> es consecuencia de muchos factores, también externos al país, y dificultades que afectan al conjunto de la Unión Europea no siendo exclusivos de la realidad española. En definitiva, se reconoce que España ha creado un sistema fuerte para combatir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo, pero también se reclama la necesidad de mejorar en ciertas áreas clave.

De tal suerte, España es considerada como una nación que dispone actualmente de leyes, reglamentos e instituciones sólidas para la lucha contra este tipo de amenazas, lo que le ha permitido lograr éxitos importantes en la investigación y enjuiciamiento del blanqueo de capitales, si bien según el informe las penas de prisión impuestas son bajas.

El resultado de la reciente evaluación de España ha sido muy importante en el contexto de la trayectoria del país en el campo de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Resulta que este país, históricamente expuesto a los problemas causados por el terrorismo interno y posteriormente el de origen externo, ha acumulado una vasta experiencia institucional aparte del desarrollo legislativo sobre la materia. De igual manera, el blanqueo de capitales ha ganado relevancia en los últimos tiempos, lo que pone de manifiesto un sinnúmero de casos importantes<sup>475</sup> ocurridos en el país.

Los puntos clave del examen técnico realizado por el GAFI constituyen un innegable criterio objetivo acerca del estado actual de la cuestión pues es el resultado de diferentes encuestas y análisis procedentes de órganos oficiales. Aunque no esté libre de críticas y objeciones en el campo científico penal, es cierto que el informe de diciembre de 2014 es la radiografía más actual del sistema español de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Las conclusiones principales a que llegan los expertos del GAFI revelan que España cuenta con legislación y normativa actualizadas que aplican las normas revisadas del GAFI, y cumple, o cumple mayoritariamente, la mayor parte de sus recomendaciones. La solidez de instituciones como la Comisión de Prevención del

---

<sup>474</sup> Aunque las autoridades españolas han sido eficaces en la lucha contra la financiación de grupos terroristas, sigue habiendo deficiencias en la aplicación de las sanciones financieras específicas, para permitir la congelación de activos relacionados con el terrorismo.

<sup>475</sup> Por ejemplo el caso Ballena Blanca y Operación Malaya (en su época, considerado el más grande caso de blanqueo de capitales de Europa).

Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias constituye un mecanismo de coordinación eficaz para las políticas antiblanqueo.

Esta labor pasa por el trabajo técnico-investigativo, principalmente el realizado por el SEPBLAC<sup>476</sup>, unidad de inteligencia financiera que ha demostrado su capacidad para trabajar con éxito en importantes y complejos casos de blanqueo de capitales<sup>477</sup>.

El nivel de conocimiento del país acerca de los riesgos de operaciones de blanqueo y financiación del terrorismo se ha ampliado en la última década, y está basado en la utilización de herramientas tecnológicas para la identificación de situaciones sospechosas. De tal suerte, España ha logrado éxitos significativos en la investigación, persecución y enjuiciamiento de delitos de blanqueo de capitales. La estrategia de España se centra en neutralizar y dismantelar la estructura financiera de grupos de delincuencia organizada y de organizaciones de tráfico de drogas. Las autoridades actúan hasta lograr una condena, y muestran niveles muy elevados de eficacia en la investigación, persecución y enjuiciamiento de estos delitos.

Sin embargo, se considera que el efecto disuasorio y la proporcionalidad de las sanciones impuestas por delitos de blanqueo de capitales no es del todo satisfactoria una vez que la pena de multa es la preferente en casos de blanqueo (las multas suelen cifrarse en millones de euros) pero son escasas las condenas firmes que culminan en prisión para los autores de esta categoría de delitos, al igual que los períodos de inhabilitación previstos para profesionales declarados culpables de haber colaborado a sabiendas en delitos de blanqueo de capitales. Tal conclusión en cuanto a la pena de prisión puede ser considerada cuestionable, pues la limitación de la libertad personal no debería ser un criterio para medir la eficacia del sistema de control de los delitos.

En lo que se refiere específicamente a la financiación del terrorismo, el informe del GAFI es un poco más preocupante, y en este campo coincidimos que existe una cierta ambigüedad acerca del estado de la cuestión en España.

---

<sup>476</sup> El SEPBLAC (Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias) es la unidad de inteligencia financiera (UIF) de España.

<sup>477</sup> Sobre el tema véase el último informe disponible del órgano: [http://www.sepblac.es/espanol/informes\\_y\\_publicaciones/memoria2013.pdf](http://www.sepblac.es/espanol/informes_y_publicaciones/memoria2013.pdf)

La situación de España frente al problema del terrorismo todavía es considerada preocupante por riesgos que proceden principalmente de dos ámbitos: grupos separatistas como Euskadi ta Askatasuna (ETA), y grupos terroristas islamistas.

En el pasado la actuación de ETA se caracterizaba por una sofisticada estructura de apoyo, que incluía un brazo operativo encargado de la financiación de sus actividades, con fuertes vínculos en el País Vasco francés. El incremento de las operaciones de represión por parte de las fuerzas de seguridad del Estado, y las actividades de seguimiento realizadas por la Unidad de Inteligencia nacional han logrado desmantelar de forma efectiva el aparato económico de la organización y desde hace algunos años se mantiene el cese de la actividad armada. Sin embargo, el problema representado por la banda terrorista ETA no ha desaparecido del todo y continúa siendo un riesgo muy real para España.

De igual suerte existe el creciente problema del terrorismo de fondo islamista, relacionado originalmente con Al Qaeda y después ampliado a otras manifestaciones derivadas del fundamentalismo islámico<sup>478</sup>. En territorio español el principal riesgo en la actualidad es la actuación de pequeñas células, compuestas por un número reducido de miembros, que se autofinancian con actividades ilícitas (tráfico de drogas, pequeños robos, extorsiones, etc.) o reciben apoyo financiero desde fuera de España.

Es cierto que, por un lado, las autoridades han desmantelado eficazmente las redes de financiación y de apoyo a ETA (la principal amenaza terrorista interna para el país) y también se han llevado a cabo muchas operaciones contra células terroristas de corte islamista, que neutralizaron el envío de fondos destinados a financiar a grupos terroristas islamistas en el Magreb. Sin embargo, y por otro lado, todavía persiste una cierta demora en dar respuesta a actuaciones a nivel europeo, y defectos en la coordinación operativa y política en la lucha contra la financiación terrorista en sectores como el de las exportaciones. Este es un problema todavía abierto, así como el de las deficiencias significativas en las obligaciones legales relativas a las transferencias electrónicas (que no incluyen obligaciones con respecto a la información sobre el

---

<sup>478</sup> Estas actuaciones están relacionadas con la actuación de “lobos solitarios” promueven la 'guerra santa' (Yihad) contra todos los que consideran 'infieles' y al denominado “Estado Islámico” (ISIS en sus siglas en inglés) grupo terrorista que busca crear un Estado regido por la ley islámica (la “sharia”) y al mando de un Califa.

beneficiario de una transferencia electrónica) y los controles impuestos a las entidades financieras que actúan de intermediarios<sup>479</sup>.

La introducción del artículo 576 bis en el texto del Código Penal supone un innegable avance legislativo, aunque tal reforma haya sido matizada con razonables argumentos por cierto sector de la doctrina penal en el que destaca BLANCO CORDERO<sup>480</sup>. En efecto, España ya había obtenido numerosas condenas por actividades de financiación del terrorismo aplicando el delito de pertenencia a una organización terrorista y de colaboración con un grupo terrorista. Aún no se tiene noticia de que se hayan impuesto condenas aplicando este nuevo delito, pero es cierto que actualmente se están tramitando varios procedimientos penales a ese respecto, lo que indica un camino abierto a resultados penales en este ámbito de tipicidad penal.

El GAFI considera que España posee un sistema considerablemente eficaz para la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos de financiación del terrorismo<sup>481</sup>, considerando los éxitos logrados frente a grupos terroristas autóctonos como ETA, y contra organizaciones terroristas islamistas, principalmente en el ámbito de sus redes de apoyo económico y financiero. La realidad actual indica que los esfuerzos que han permitido dismantelar con éxito el aparato económico de ETA fueron especialmente disuasorios y han tenido impacto preventivo. Esta actuación ha demostrado un buen nivel de coordinación entre las autoridades competentes así como la importancia de las investigaciones financieras en las operaciones para combatir el terrorismo. El sistema de justicia y el aparato administrativo han actuado en los últimos tiempos de forma proactiva a la hora de facilitar o solicitar la cooperación internacional en casos de financiación del terrorismo, y han llevado a cabo con éxito investigaciones en colaboración con autoridades homólogas de otros países en ese tipo de casos.

Sin embargo, en el campo de la lucha contra la financiación del terrorismo, el GAFI no ha otorgado a España una plena aprobación por causa de los resultados poco satisfactorios alcanzados en los procedimientos penales enjuiciados. El Informe de diciembre de 2014 - basándose en datos oficiales, que indican que las penas de prisión

---

<sup>479</sup> Lo que se debe al hecho de que la normativa sobre transferencias electrónicas de la Unión Europea no se ha actualizado tras la revisión de los Normas del GAFI.

<sup>480</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I. en ¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español? - Athena Intelligence Journal, Vol. 4, nº 1, 2009 págs. 35-68.

<sup>481</sup> GAFI/FATF (2014) – Medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo – España, Informe sobre la Cuarta Ronda de Evaluación Mutua.



dictadas en casos recientes se sitúan entre los tres y los diez años - afirma que la principal razón de rebajar la calificación del país se asienta en el hecho de que las penas de prisión impuestas parecen ser bajas, o de pequeña expresión, no alcanzando fines preventivos.

Aunque sea comprensible tal interpretación, no se puede aceptar que el endurecimiento de la respuesta penal sea el camino para alcanzar los fines de prevención, incluso considerando que ésta es la tendencia cuando se habla de ciertos delitos como la financiación del terrorismo. La acción coordinada del Estado en la detección de operaciones sospechosas y la estricta normativa administrativa son otros aspectos complementarios que influyen en los resultados preventivos. En otras palabras, es cierto que la existencia de penas altas tiene fuerte efecto intimidatorio, pero tal estrategia no es única ni representa un buen criterio para conocer la real eficacia de un país en su lucha antiterrorista.

De igual manera, el organismo evaluador ha rebajado la nota de España por las escasas perspectivas que aún existen en relación a la aplicación del nuevo delito previsto en el artículo 576 bis del Código Penal. No obstante, se reconoce que España pudo proporcionar numerosos ejemplos de condenas por actividades de financiación del terrorismo en virtud del artículo 576 (colaboración con una organización o un grupo terrorista), o por «pertenencia a una organización terrorista» (tipos penales que se aplicaban antes de la entrada en vigor del artículo 576 bis).<sup>482</sup>

De todas formas, y como no podría ser de otra manera ante la vasta experiencia y los esfuerzos de las autoridades en este ámbito, se vislumbra que la futura aplicación del artículo 576 bis vendrá con el tiempo, teniendo en cuenta la noticia de que España

---

<sup>482</sup> GAFI/FATF (2014) – Medidas ..., ob. cit., Cuadro 1, pág. 18.

ya ha comenzado a aplicar este tipo delictivo, y se presentaron estadísticas que acreditaban que actualmente se están tramitando varios procedimientos.<sup>483</sup>

En términos de prevención, las medidas administrativas adoptadas por España han reducido los flujos de financiación del terrorismo, con especial referencia al éxito en el desmantelamiento de la red de apoyo económico y financiero a ETA y a otros tipos de grupos terroristas. Principalmente frente a las organizaciones sin ánimo de lucro (OSAL) que representan una parte significativa de los recursos financieros que controla el sector, y una parte sustancial de sus actividades internacionales<sup>484</sup>. Como la

---

<sup>483</sup> Sobre este aspecto (la existencia de investigaciones específicas con base en la violación del nuevo artículo 576 bis del Código Penal) se puede dar como ejemplo las investigaciones que se llevan adelante en el ámbito de la Audiencia Nacional sobre la financiación del grupo terrorista IRA en España. Conforme noticiado por el periódico El Mundo (edición del día 05 de enero de 2015 – accesible en <http://www.elmundo.es/espana/2015/01/05/54a9d24422601d443b8b4583.html>) la Audiencia Nacional investiga a ex miembros del IRA por blanquear en España fondos procedentes del contrabando internacional de tabaco que podrían haber hecho llegar a miembros de la organización terrorista irlandesa aún en activo. Dentro de esta investigación, la Policía española detuvo en diciembre de 2014 a siete personas en Canarias, Málaga y Alicante bajo la triple imputación de contrabando, blanqueo y financiación del terrorismo. Los principales arrestados fueron el matrimonio irlandés formado por dos veteranos del IRA, Leonard Hardy y Donna Maguire. Por el momento lo que se sabe es que la llegada de Leonard Hardy a las islas desencadenó la operación, preparada desde hace meses a la espera de uno de los frecuentes viajes del matrimonio a España. Los dos ex miembros del IRA comparecieron el 1 de enero de 2015 ante el juez de la Audiencia Nacional junto a los otros cinco arrestados. Además, han sido detenidos una ciudadana noruega y un abogado español instalado en la Costa del Sol. Éste último era el encargado de gestionar las inversiones inmobiliarias del matrimonio Hardy. El origen de la operación se encuentra en una investigación de la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal de la Policía (Udef), que detectó en zonas de Levante y la Costa del Sol operaciones inmobiliarias sospechosas, que habitualmente esconden actividades de blanqueo. Por ejemplo, la compra de inmuebles con una hipoteca que se amortiza inmediatamente o en un plazo muy breve. Con el informe policial, la Fiscalía de la Audiencia Nacional abrió una investigación, y se ha enviado varias comisiones rogatorias tanto a Irlanda como a Reino Unido dando cuenta de las investigaciones y solicitando colaboración. El núcleo de la investigación se ha centrado desde el principio en las actividades de blanqueo. En cuanto al contrabando, las pesquisas han permitido rastrear actividades comerciales en Asia, de donde provendría el tabaco. Los detenidos tenían varias sociedades dedicadas a la importación y exportación con este continente. También se han detectado conexiones con Holanda, donde supuestamente la banda contaba con almacenes. La causa se encuentra todavía bajo secreto. Ésta no es la primera vez que la Audiencia Nacional investiga la financiación de una organización terrorista extranjera en nuestro país. El tribunal ya abrió una causa por el posible blanqueo de fondos de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) en España, en este caso procedentes del narcotráfico. La Fiscalía llegó a pedir ocho años de prisión para una española de origen ecuatoriano. Pese a la convicción de los investigadores de que, como en el actual caso del IRA, esa financiación existía, la sentencia del caso FARC acabó únicamente con condenas de blanqueo, sin que se considerara acreditada la financiación terrorista. Entre la apertura de la investigación sobre las FARC en 2008 hasta la iniciada sobre el IRA ha entrado en vigor en España un delito específico que castiga la financiación del terrorismo con penas de entre cinco y 10 años de prisión.

<sup>484</sup> El 6 de mayo se publicó el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, que aprueba el esperado Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Este Reglamento representa el espíritu de la Ley, al mantener el enfoque basado en el riesgo.

gran mayoría de las fuerzas de seguridad internacionales, las autoridades españolas consideran que el uso de servicios de inteligencia, las investigaciones criminales y la persecución y el enjuiciamiento son sus herramientas más eficaces para evitar la obtención, movilización y utilización de fondos por parte de terroristas, así como el abuso del sector de las Organizaciones sin ánimo de lucro, en el que residen muchos casos de financiación del terrorismo.

Se considera que esta estrategia ha funcionado, especialmente frente a ETA, cuya estructura de financiación ha sido efectivamente desmantelada. España también ha logrado algunos éxitos en la interceptación de flujos de financiación destinados a grupos terroristas islamistas en el Magreb. La principal crítica que se hace es sobre la necesidad de establecimiento de un sistema especial de sanciones financieras específicas en los términos de las Resoluciones 1267 y 1373 de las Naciones Unidas, todavía no incorporadas de manera integral en España. Se considera en este sentido que la aplicación de sanciones financieras específicas constituye una obligación de carácter internacional establecida a nivel de la ONU, y que el país aún no ha respondido a este llamamiento de manera integral.<sup>485</sup>

El sistema español parece padecer ciertas deficiencias cuando actúa frente a entidades privadas, el sector de servicios y el sistema de registros públicos. Semejante tipo de dificultades fueron detectadas en torno a la actuación de abogados y notarios. En

---

Las entidades sin ánimo de lucro (Fundaciones y Asociaciones) son considerados sujetos obligados en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.1, letra x), de la Ley 10/2010, si bien, en principio, no con carácter pleno, sino como indica el referido precepto, “en los términos establecidos en el artículo 39”. Dicho artículo 39 de la Ley 10/2010 prevé que las Fundaciones y Asociaciones deberán cumplir con determinadas obligaciones, tales como la necesidad de identificar a todas las personas que aporten o reciban a título gratuito fondos o recursos de la Fundación (en los términos de los artículos 3 y 4 de la Ley) esto es, cumpliendo con la obligación de identificación formal y de identificación del titular real. La obligación de conservar los registros y documentación soporte de la identificación, durante el plazo de 10 años. También deja clara la obligación de poner dichos registros y documentación a disposición de las autoridades y organismos administrativos o judiciales con competencias en el ámbito de la prevención o persecución del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo. Este Reglamento desarrolla las obligaciones de identificación y comprobación de las personas que reciban o entreguen a título gratuito fondos o recursos, y cuando resulte inviable la identificación individualizada de las personas que reciban fondos, se procederá a su identificación como colectivo, debiendo en este caso identificar también a las contrapartes y colaboradores del proyecto de que se trate. Por la normativa, que establecido un umbral mínimo de identificación de las personas que entreguen fondos en 100 euros. En definitiva, las Fundaciones y Asociaciones deberán hacer un seguimiento exhaustivo y colaborar con las autoridades. Esta normativa se completa con lo establecido por el Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos. Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos.

<sup>485</sup> GAFI/FATF (2014) – Medidas ..., ob. cit., Cuadro 1, pág. 19.

una primera visualización, se considera que los abogados no aplican adecuadamente las medidas preventivas exigidas y es limitado el conocimiento que tiene la profesión de los riesgos y obligaciones legales frente a la lucha contra el lavado de dinero y la financiación del terrorismo. No se han detectado controles eficaces (lo que es especialmente preocupante dado el papel que desempeñan estos profesionales en redes complejas de blanqueo de capitales) y el resultado final es que en este campo mucho queda por hacer. Sin embargo, las medidas que permiten el acceso a la información sobre la titularidad real, en particular, el Índice único informatizado del Consejo General del Notariado, son un ejemplo de buenas prácticas en el contexto del ordenamiento jurídico español. En este sector, se considera que las autoridades gestoras de transferencias han adoptado medidas significativas para mitigar los riesgos de blanqueo y financiación del terrorismo<sup>486</sup>. El problema en este sector persiste en cuanto a las deficiencias relacionadas con la identificación de operadores no autorizados y con la supervisión de las gestoras de transferencias que operan al amparo de las normas de libre tránsito por la Unión Europea.<sup>487</sup>

En conclusión, se puede afirmar que el análisis de la situación de España frente al cumplimiento de las Recomendaciones del GAFI es positivo y señala que el país ha avanzado bastante en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Sin embargo, algunos aspectos todavía demandan atención:

- En el ámbito de la cooperación internacional el grupo de expertos considera que son inadecuadas la cooperación y la coordinación entre las autoridades competentes responsables del control de las exportaciones y otras autoridades competentes (como el SEPBLAC) que pueden añadir valor en la detección e investigación de actividades dirigidas a eludir sanciones relacionadas con la proliferación (Recomendación 2);
- Sobre el tema específico del delito de blanqueo de capitales se considera que “las penas previstas para profesionales con funciones de control (un período de inhabilitación) no son suficientemente disuasorias y se reclama el hecho

---

<sup>486</sup> Entre ellas se incluye el registro de agentes de alto riesgo, la previsión de controles internos más estrictos, y la comunicación sistemática, con vigilancia continua, por parte de un supervisor.

<sup>487</sup> GAFI/FATF (2014) – Medidas ..., ob. cit., Cuadro 1, pág. 9.

de que determinadas empresas públicas están exentas de responsabilidad penal.” (Recomendación 3)

- Sobre el delito de financiación del terrorismo se alerta el riesgo de que el sistema penal no incluye la financiación de un terrorista individual (que no es miembro de un grupo u organización terrorista) para fines no relacionados con la comisión de un acto terrorista. Por otro lado, el delito de financiación del terrorismo del artículo 576 bis solo incluye fondos (no cualquier tipo de activos). Del mismo modo se critica que determinadas empresas públicas estén exentas de responsabilidad penal.
- Sobre las sanciones financieras aplicables a los casos de financiación del terrorismo el grupo de expertos considera que la aplicación de sanciones financieras específicas de conformidad con las Resoluciones 1267/1898 y 1988 no se produce con rapidez, lo que plantea la duda de si, en la práctica, el bloqueo se efectúa sin previa notificación a la persona o entidad designada (Recomendación 6);
- Con respecto al cumplimiento de la Resolución 1373 de Naciones Unidas se afirma que “la UE no dispone de mecanismos claros para solicitar a países no pertenecientes a la UE que lleven a efecto la lista de la UE, ni canales o procedimientos claros a escala nacional para solicitar a otros países que lleven a efecto a las actuaciones iniciadas al amparo del mecanismo de bloqueo de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo. Las personas, grupos o entidades de la UE que figuran en las listas no están sujetos a las medidas de bloqueo que contempla el Reglamento 2580/2001, y las medidas nacionales no subsanan esta deficiencia. La obligación de bloqueo no cubre una gama suficientemente amplia de activos en el marco de la UE, y la legislación nacional no subsana esta deficiencia. Las prohibiciones no son suficientemente amplias.” (Recomendación 6);
- En el campo del importante tema de las Organizaciones sin ánimo de lucro (OSAL o simplemente las “Organizaciones no Gubernamentales”) los expertos identificaron que no todas las asociaciones están sujetas a políticas claras para promover la transparencia, la integridad y la confianza pública en su administración y gestión. La extrema fragmentación existente en España en cuanto a la información obrante en distintos registros y

autoridades podría dificultar la recopilación eficaz de información general sobre el sector y podría provocar que el seguimiento fuera desigual. (Recomendación 8)

- En cuanto a las personas jurídicas las conclusiones señalan que no existen mecanismos específicos para garantizar la veracidad de las declaraciones de los clientes o de los registros sobre titulares reales mantenidos por las sociedades, como inspecciones o sanciones por facilitar información falta de veracidad o incompleta. En el caso de las sociedades anónimas que no cotizan en bolsa, los requisitos de transparencia en las transmisiones de acciones son insuficientes. No existe una responsabilidad o sanciones específicas en el caso de que una sociedad incumpla la obligación de conservar información correcta sobre el titular o titulares reales o realice una declaración falta de veracidad o incompleta a una entidad financiera o a un sujeto obligado no financiero. Únicamente está prevista la imposición de sanciones por presentar información falta de veracidad en relación con la información facilitada a las autoridades tributarias, a notarios o a la CNMV. Únicamente el SEPBLAC evalúa la calidad de la asistencia que recibe de otros países en respuesta a solicitudes de información básica y sobre titularidad real, pero otras autoridades no lo hacen de manera sistemática y los resultados no se comparan.
- Una importante observación se refiere la extradición de personas individualmente “debido a que España no ha tipificado como delito la financiación de un terrorista individual (que no es miembro de un grupo terrorista) con fines no relacionados con la comisión de un acto terrorista, la extradición a países no pertenecientes a la UE no sería posible en tales casos porque no se cumpliría el requisito de doble incriminación.”

En lo que se refiere al problema del terrorismo y su financiación el informe de evaluación 2014 todavía considera que ETA es una de las principales amenazas terroristas internas para el país. Parte de las debilidades indicadas en el informe se encuentra en la aplicación de sanciones financieras específicas relacionadas con el terrorismo, pues persisten importantes deficiencias de carácter tanto técnico como práctico. En la práctica se ha detectado cierta falta de coordinación entre las autoridades

de control de las exportaciones y las autoridades responsables de la prevención del blanqueo.

Tales aspectos son de especial interés en la actualidad principalmente ante la nueva Directiva 2015/849 de 20 de mayo de 2015 en lo que se refiere a los *sujetos obligados* y los *deberes de información a autoridades de fiscalización*<sup>488</sup>. El GAFI subraya que el ejercicio de la profesión de la abogacía adolece de falta de cumplimiento y aplicación adecuada de las medidas preventivas exigidas, el conocimiento que tiene la profesión de los riesgos y obligaciones relacionados con el blanqueo y la financiación del terrorismo es considerado limitado, y “no existen controles eficaces, lo que es especialmente preocupante dado el papel que desempeñan estos profesionales en redes complejas de blanqueo de capitales en España”<sup>489</sup>. Sin embargo, el organismo reconoce que las medidas que permiten el acceso a la información sobre la titularidad real, en particular el Índice único informatizado del Consejo General del Notariado, son un ejemplo de buenas prácticas en el contexto del ordenamiento jurídico español, y las autoridades y el sector de gestores de transferencias han adoptado medidas significativas para mitigar los riesgos de blanqueo, sobre todo los derivados de los agentes (entre ellas se incluye un registro de agentes de alto riesgo, controles internos más estrictos, y comunicación sistemática, con vigilancia continua por parte del supervisor).

No obstante el GAFI destaca que “siguen observándose algunas deficiencias en relación con la identificación de operadores no autorizados y con la supervisión de las gestoras de transferencias que operan al amparo de las normas de pasaporte de la UE.” La vulnerabilidad de España en este campo puede ser confirmada por la existencia de investigaciones de la Fiscalía de la Audiencia Nacional en el famoso caso de blanqueo

---

<sup>488</sup> Cfr. BLANCO CORDERO subraya de esta vigilancia y supervisión es también una característica del sistema de control pensado por el legislador europeo. Este mecanismo viene siendo fortalecido desde la primera Directiva europea, y ha estado muy presente en la Directiva del año 2005. Así se refiere este autor (en *El delito de blanqueo de Capitales*, ob. cit., pág. 147): “Las entidades sujetas a la tercera Directiva deben estar en condiciones de demostrar a las autoridades competentes que las medidas adoptadas tienen el alcance adecuado en vista del riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo [art. 8 (2)]. Para garantizar la transparencia del enfoque basado en el riesgo, las entidades sujetas a la tercera Directiva están obligadas, de acuerdo con el art. 34, a establecer políticas y procedimientos adecuados y apropiados en materia de diligencia debida con respecto al cliente, información, conservación de documentos, control interno, evaluación de riesgos, gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación. Es importante en este contexto una estrecha cooperación entre las autoridades de supervisión y las entidades sujetas a la tercera Directiva para evitar diferencias de competitividad entre las entidades sujetas a la tercera Directiva dentro y entre países.”

<sup>489</sup> GAFI/FATF (2014) – Medidas ..., ob. cit., pág. 5.

de capitales por miembros de grupo terrorista IRA en suelo español. Estas investigaciones apuntan a la existencia de una trama de blanqueo de capitales relacionada con la inversión en inmuebles en la costa de España, lo que confirma en la práctica las preocupaciones manifestadas por el GAFI en su informe de evaluación<sup>490</sup>.

---

<sup>490</sup> Hasta la conclusión de esta tesis todavía no habíamos conseguido acceder a informaciones directas de la Audiencia Nacional sobre el caso de la financiación del terrorismo por parte de IRA en España. Sin embargo, este caso ha sido ampliamente noticiado. El periódico "El Mundo" en su edición del día 01 de enero de 2015 ha informado bajo el titular "El IRA lava en España dinero del contrabando de tabaco" que: *"La Audiencia Nacional investiga a ex miembros del IRA por blanquear en España fondos procedentes del contrabando internacional de tabaco que podrían haber hecho llegar a miembros de la organización terrorista irlandesa aún en activo"*. Dentro de esta investigación, la Policía española detuvo el lunes de la semana pasada a siete personas en Canarias, Málaga y Alicante bajo la triple imputación de contrabando, blanqueo y financiación del terrorismo. Los principales arrestados son el matrimonio irlandés formado por dos veteranos del IRA: Leonard Hardy y Donna Maguire. Ambos fueron detenidos en el hotel de Canarias en el que estaban alojados. Fue la llegada de Leonard Hardy a las islas el pasado día 26 lo que desencadenó la operación, preparada desde hace meses a la espera de uno de los frecuentes viajes del matrimonio a España. Los dos ex miembros del IRA comparecieron el 1 de enero ante el juez de la Audiencia Nacional Pablo Ruz junto a los otros cinco arrestados. Él fue enviado a prisión eludible bajo fianza de 250.000 euros. Ella quedó libre con cargos para que pudiera volver con los cuatro hijos menores de edad con los que estaba cuando fue arrestada. Entre los otros detenidos en la operación hay otros tres irlandeses, uno de los cuales fue enviado a prisión eludible bajo fianza de 100.000 euros. Los otros dos son una mujer y su hija. El padre, que formaba parte de la banda, estaba ya cumpliendo condena por contrabando en Irlanda. El origen de la operación se encuentra en una investigación de la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal de la Policía (Udef), que detectó en zonas de Levante y la Costa del Sol operaciones inmobiliarias sospechosas, que habitualmente esconden actividades de blanqueo. Por ejemplo, la compra de inmuebles con una hipoteca que se amortiza inmediatamente o en un plazo muy breve. Con el informe policial, la Fiscalía de la Audiencia Nacional abrió una investigación, de la que se hizo cargo el fiscal Daniel Campos. Los antecedentes de los implicados hicieron que las diligencias se extendieran a los delitos de contrabando de tabaco y financiación terrorista. Esto último provocó la incorporación a las pesquisas de la Comisaría General de Información". Igualmente, el día 05 de enero de 2015, el mismo periódico ha informado la expresiva cantidad de dinero relacionada con la financiación ilegal del terrorismo bajo el titular *"Inagotable fuente de financiación - El contrabando de tabaco genera en Irlanda beneficios de 90 millones de euros"*. En su reportaje el periódico afirma que la financiación del IRA a través del contrabando de tabaco es un hecho contrastado en múltiples investigaciones policiales e informes de organismos internacionales. Uno de los episodios más peculiares que da prueba de ello tuvo lugar en julio de 2013, cuando Al Qaeda atacó con dos misiles el Cosco Asia, uno de los mayores buques portacontenedores del mundo, cuando cruzaba el Canal de Suez. El ataque acabó abortando la llegada a Irlanda de 4,3 millones de euros en cajetillas de tabaco, destinados a financiar las operaciones del Nuevo IRA. Dos miembros de Al Firqan Brigade, grupo egipcio ligado a Al Qaeda, y que ahora lucha en Siria junto al Estado Islámico, colgó en internet los disparos que levantaron la tapa de un contenedor que debía llevar muebles, pero que comenzó a vomitar cigarrillos ilegales fabricados en Vietnam. Su destino era una empresa tapadera de Dundalk, residencia oficial de Leonard Hardy y Donna Maguire; un parque temático del terrorismo en plena frontera entre las dos irlandias, donde residen docenas de históricos miembros del IRA. Las autoridades permitieron a la embarcación -de bandera china- seguir su camino, pero con un dispositivo de seguridad en un contenedor, que permitiría detener dos meses después de los disparos a tres irlandeses que esperaban la carga, uno de ellos implicado en la última operación realizada en España. En Europa, Canarias, Valencia, País Vasco y Gibraltar son nuevas vías principales de entrada en Europa de un producto elaborado en talleres de China, Vietnam, Malasia y Singapur, y que genera en Irlanda unos beneficios de 90 millones de euros con la venta de entre 150 y 200 millones de cigarrillos. La Costa del Sol ha servido al IRA para blanquear sus operaciones a través de negocios inmobiliarios, llevando a detener a numerosos activistas en nuestras fronteras por asuntos vinculados a la Hacienda Pública. El contrabando debía servir para financiar sus actividades terroristas y cuidar a las familias de sus presos. Pero hoy se cree que apenas el 25% se dedica a estos fines, mientras históricos dirigentes se han convertido en multimillonarios. La caída del precio del gasoil, otra de las mercancías con las que trafican los entre 250 y 300 miembros que el MI5 calcula que forman parte de la enésima escisión del Ejército



Sobre el riesgo terrorista el GAFI afirma que “España se enfrenta a importantes riesgos de terrorismo y de financiación del terrorismo, y ha sido víctima de atentados terroristas. Estos riesgos proceden principalmente de dos ámbitos: grupos separatistas como Euskadi ta Askatasuna (ETA), y grupos terroristas islamistas. ETA se caracterizaba por una sofisticada estructura de apoyo, que incluía un brazo operativo encargado de la financiación de sus actividades, con fuertes vínculos en el País Vasco francés. España ha logrado dismantelar de forma efectiva el aparato económico de la organización y desde hace unos años se mantiene el cese de la actividad armada, aunque ETA no ha desaparecido del todo y continúa siendo un riesgo muy real. España también se enfrenta a un riesgo elevado procedente de grupos terroristas islamistas que suelen operar en pequeñas células que se autofinancian”<sup>491</sup>.

Realizando una comparación con la situación de Brasil (país que ha sido evaluado en el año 2012 en base al sistema anterior de verificación de cumplimiento por el GAFI) la situación es preocupante pero existen buenas perspectivas. En resumen, el conjunto de dificultades enfrentadas por España no es distinto de las que padece Brasil. Sin embargo Brasil está por detrás de España en su sistema antiblanqueo y antifinanciación del terrorismo. Aunque la legislación brasileña haya sufrido una importante reforma en el año 2012 y aún considerando que su UIF (Unidad de Inteligencia Financiera – COAF) es una referencia internacional entre los países llamados “de economía emergente” es cierto que mucho camino queda todavía por andar, especialmente en lo que se refiere al tratamiento jurídico-penal del terrorismo (que ni siquiera es considerado un delito autónomo en Brasil) y aún más de la financiación del terrorismo (figura delictiva que tampoco existe en ese país). El

---

Republicano Irlandés, ha situado al tabaco en el centro de las operaciones. La legislación irlandesa es señalada además por las tabaquerías por favorecer el contrabando del IRA con legislaciones como el etiquetado único o el precio de la cajetilla más caro de Europa (100 euros el cartón, frente a los 45 que vale en el mercado negro de Dublín), supuestamente a cambio de una presunta paz por parte del grupo terrorista. Una palabra -paz- que, debido a la dureza y duración del conflicto, sigue vigente a pesar de que, por ejemplo, en 2014 se enviaron decenas de cartas bomba listas para estallar a la Policía de Irlanda del Norte, la Fiscalía o su ministra de Defensa. O a pesar de la detención hace 15 días de tres miembros del Nuevo IRA con dos pistolas y explosivos en una carretera irlandesa; o el arresto el 21 de noviembre de cuatro disidentes en Belfast armados con un rifle de asalto; o el del 16 de noviembre, en Dublín, de dos terroristas con pistolas semiautomáticas, una escopeta de cañones recortados, un rifle de asalto AK-47 y tanto material para fabricar bombas, que la Policía tuvo que hacer una explosión controlada; o los del 10 de noviembre en Irlanda del Norte de 12 activistas -alguno de 75 años- en un local atiborrado de armas y detonadores.”

<sup>491</sup> GAFI/FATF (2014) – Medidas ..., ob. cit., pág. 06.

resultado de la última evaluación brasileña se encuentra disponible en las bases de datos del GAFI<sup>492</sup>. El cuadro general no es muy satisfactorio.

### **3.5. Perspectivas de futuro**

En conclusión, la perspectiva de que el cumplimiento de las metas establecidas por el GAFI sea tomada como un reto por distintas naciones es cada día más evidente. Este objetivo viene siendo alcanzado por España, país que demuestra cada día estar más comprometido con la lucha antiterrorista y antiblanqueo.

En términos generales la situación fue así definida por la cúpula del grupo de los siete países más ricos del mundo (el G7) realizada el 8 de junio de 2015 en Schloss Elmau, Alemania: “Reafirmamos la importancia de la labor en curso realizada por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), y nos comprometemos a contribuir activamente a este trabajo. Haremos todo lo posible para garantizar una aplicación efectiva de las normas del GAFI, incluso a través de un proceso de seguimiento robusto.”<sup>493</sup>,

## **4. Panorama legislativo y estado de la cuestión en España.**

El blanqueo de capitales es un tema relativamente reciente en el ordenamiento jurídico español, aunque la preocupación por dicho delito esté presente desde el surgimiento de la conciencia internacional sobre el problema. El incremento de la delincuencia de tipo económico en la segunda mitad del siglo pasado ha provocado que el legislador español, ya en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Parcial y Urgente del Código Penal admita la necesidad de incorporar delitos económicos en el sistema penal, que de manera creciente se manifestaban en España. Estas iniciativas se han incrementado y la asunción e incorporación de compromisos internacionales por el país ha generado un proceso de reformas que desde entonces viene expandiéndose.

El balance de tales reformas permite afirmar que la legislación española ha tratado desde diferentes perspectivas el problema del blanqueo de capitales.

---

<sup>492</sup> Cfr.: <http://www.fatf-gafi.org/countries/a-c/brazil/documents/mutualevaluationreportofbrazil.html>. El país había sido avaluado en el año 2004 por primera vez, y en el año 2010 se ha repetido el análisis de su situación.

<sup>493</sup> Texto accesible en: [https://www.g7germany.de/Webs/G7/EN/Home\\_en/home\\_node.html](https://www.g7germany.de/Webs/G7/EN/Home_en/home_node.html)

Especialmente de la evolución legislativa en el ámbito administrativo y penal se puede decir que en la actualidad existe en España un sólido conjunto de normas jurídicas que componen un arsenal punitivo capaz de enfrentar el problema de la delincuencia económica de manera amplia y eficaz. Aunque existan importantes deficiencias y sea necesario reconocer que todavía persisten muchos problemas graves en el campo de la lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo, es posible afirmar que el balance de la legislación española es positivo y tiene buenas perspectivas. Creo que esta mirada de esperanza es posible en razón del interés que el país viene manifestando en las últimas décadas en el sentido de incorporar a su ordenamiento jurídico (incluso en el ámbito penal) normas de carácter preventivo y sancionador que son fruto de un consenso internacional sobre la materia relacionada con el blanqueo y la financiación del terrorismo.

Es verdad que muchas voces se levantaron para criticar la tendencia del legislador español a trasladar sin mayores indagaciones y cuidados muchas normativas, recomendaciones y orientaciones internacionales, sin una profunda reflexión sobre su necesidad real o sobre el impacto que pueden tener frente al actual ordenamiento jurídico. Creo que esta crítica es justa en cierta medida, pues la transposición mimética de preceptos y principios es especialmente criticable cuando se trata de normas penales.<sup>494</sup>

Sin embargo, es necesario tener presente que la Constitución española establece en su artículo 96.1 que “*los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*”. Este precepto constitucional tiene consecuencias muy importantes sobre el ordenamiento jurídico, especialmente en lo que se refiere al Derecho penal.

España ha ratificado en los últimos años los principales acuerdos internacionales en materia criminal (Convenciones, Tratados, Convenios y otros documentos semejantes)<sup>495</sup>. Esta ratificación de compromisos internacionales ha generado un proceso de reforma legislativa y la creación de nuevas figuras penales. Como afirma BLANCO CORDERO “los compromisos internacionales de los que se derivan

---

<sup>494</sup> Iremos mencionar este aspecto en el último capítulo de este trabajo de investigación por ocasión de los comentarios al delito de financiación del terrorismo (artículo 576 bis del Código penal).

<sup>495</sup> El Estado español ha ratificado los Convenios de Naciones Unidas de Viena, Palermo y Mérida y también ha ratificado los Convenios del Consejo de Europa de Estrasburgo y Varsovia.

obligaciones de tipificar penalmente el delito de blanqueo de capitales para el Estado español comienzan en la década de los noventa, con la ratificación del Convenio de Viena. Sin embargo, ya en 1988 el Estado español dió inicio a su particular lucha contra el blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico, antes incluso de la aprobación del Convenio de Viena.”

Este autor explica que el proceso de reforma legislativa en España ha sido influenciado por los compromisos internacionales de los que se derivan obligaciones de tipificar penalmente el delito de blanqueo de capitales. Este proceso empieza en la década de los noventa, con la ratificación del Convenio de Viena y se expande en los años siguientes. Tanto la doctrina como los organismos oficiales han puesto de manifiesto la necesidad de adecuar el derecho interno a la normativa internacional<sup>496</sup>.

En el mismo sentido MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ recuerda que “es preciso tener en cuenta que, como sabemos, el blanqueo de capitales es un *fenómeno internacional*, y que como tal se encuentra regulado por las organizaciones internacionales. En concreto, cabe recordar aquí que en el marco de las Naciones Unidas se elaboró en 1988 la *Convención* contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Convención de Viena), que tipifica el blanqueo de capitales

---

<sup>496</sup> En la época se ha formado una consciencia sobre tal necesidad como menciona BLANCO CORDERO: “Con la suscripción de los instrumentos internacionales en materia de blanqueo de capitales, desde el Gobierno y la Fiscalía General del Estado se defendía la necesidad de adecuar la normativa penal a aquélla. Por ejemplo, el Fiscal General del Estado recalaba en la memoria de 1990 la necesidad de perfilar modificaciones legislativas para adecuarlas a la Convención de Viena, dado que la reforma de 1988 se adaptó exclusivamente en lo esencial a los trabajos preparatorios de aquélla. Igualmente, el entonces Ministro de Justicia De la Cuadra Salcedo señalaba que la reforma de 1988 recogía «la mayor parte del contenido del ámbito material de lo que era el delito de blanqueo de dinero», pero no obstante «quedaba algún perfil, con alguna diferencia de redacción, que era necesario incorporar y traer al Código Penal»” Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de Capitales..., ob. cit., pág. 180.

provenientes de delitos relativos a las drogas y que impone a los Estados miembros la obligación de castigar penalmente dicho fenómeno”<sup>497</sup>.

En suma, la incorporación del delito de blanqueo de capitales al sistema penal español era necesaria, responde a una política-criminal coherente con la gravedad del fenómeno y está muy consolidada a nivel internacional.

En lo que se refiere a la definición de esta figura penal pienso que MARTÍNEZ-BUJÁN la describe de manera muy acertada. Para este autor “en lo que concierne al *concepto* penal de “blanqueo de bienes”, conviene aclarar que hay que manejar una noción *estricta* frente a otra más amplia. En este último sentido se alude genéricamente al proceso de legitimación de los bienes de procedencia ilegal, obtenidos al margen del control de la Administración tributaria; en cambio, en su sentido estricto blanqueo de bienes es el referido exclusivamente al proceso de reconversión de bienes de origen delictivo y es, consecuentemente, el que hace necesaria la intervención del Derecho penal. Así las cosas, con carácter general puede ofrecerse una definición analítica de la figura del blanqueo de bienes sobre la que existe un cierto consenso doctrinal: proceso de ocultación de bienes de origen delictivo con el fin de dotarlos de una apariencia final de legitimidad”<sup>498</sup>. Comparto plenamente este pensamiento y creo que esta definición es muy correcta.

#### **4.1. La normativa anterior a 1995.**

A finales de la década de ochenta se publica la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas. Esta ley

---

<sup>497</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa..., op.cit. pág. 593. En este punto menciona además que “sobre la base de esta Convención el Consejo de Europa elaboró en 1990 el Convenio sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los beneficios económicos derivados del delito, en el que se tipifica la conducta del blanqueo con algunas novedades, entre las que cabe resaltar la de que los delitos previos no se limitan a los relativos a las drogas. Por su parte, la Comunidad europea aprobó el 10 de junio de 1991 una Directiva sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (Directiva 91/308/CE del Consejo), que obligaba a los Estados miembros de la CE a armonizar su legislación con el contenido de dicha Directiva antes del 1 de enero de 1993 (vid. ampliamente Díez RIPOLLÉS, 1994, 583 ss.; SERRANO, 775 ss.; BLANCO, 1997, 103 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, 2002, pp. 85 ss. y 2005, pp. 182 ss.; ABEL, 2002, 185 ss.; ZARAGOZA 2011, 1153 ss., con indicaciones de otros instrumentos internacionales), Directiva que fue modificada en 2001. Finalmente, hay que citar la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (o Tercera Directiva, que incorpora al derecho comunitario las Recomendaciones del CAFI tras su revisión en 2003), desarrollada por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión. La Directiva 2005/60/CE ha sido transpuesta al derecho español a través de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que viene a sustituir a la antigua Ley 19/1993 (vid. por todos ARIAS 2011, 78 ss.)”.

<sup>498</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa..., op.cit. pág. 592.

introdujo el art. 546 bis f), que pretendía incriminar comportamientos que el legislador define en la exposición de motivos como “conductas que vienen denominándose de “blanqueo” del dinero de ilícita procedencia”. Sobre esta reforma MARTÍNEZ-BUJÁN recuerda “que en la *legislación penal española* se introdujo en 1988, incluso meses antes de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas, el art. 546 bis f) en el C.p. anterior, en el que se castigaban las conductas de blanqueo de dinero de ilícita procedencia, limitada al tráfico de drogas”. El objetivo político-criminal de esta época estaba muy centrado en el combate al narcotráfico, y el blanqueo empezaba a ser encarado como un instrumento para alcanzar resultados de contención en estas materias.

La preocupación por el narcotráfico, y esa toma de consciencia por parte de amplios sectores del sistema de justicia y de la ciencia penal han impulsado la aprobación de la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, que introdujo, entre otros, los arts. 344 bis h) y 344 bis i). Esta característica de la reforma ha sido resaltada por MARTÍNEZ- BUJÁN al recordar que “en el año 1992 tuvo lugar una reforma, en virtud de la cual se incluyeron los arts. 344 bis h) y 344 bis i), que sancionaban conductas similares a las descritas en la mencionada Convención, *limitadas igualmente al tráfico de drogas*.”<sup>499</sup>

Esta reforma entonces concordaba con la ya referida Directiva 91/308 CE, normativa que recomendaba la sanción del encubrimiento de los capitales y beneficios económicos obtenidos del tráfico ilícito de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas<sup>500</sup>.

---

<sup>499</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa...*, op.cit. pág. 593.

<sup>500</sup> Cfr. BLANCO CORDERO señala que “esta regulación hizo una trasposición casi literal de la Convención de Naciones Unidas relativa al blanqueo de capitales [art. 3.1.b).i) y ii) y art. 3.1.c) i)]. Daba cabida a preceptos de aquélla sometidos a la cláusula de reserva de los principios constitucionales y de los conceptos jurídicos del ordenamiento jurídico de los Estados [art. 3.1.c)]. Uno de los problemas surgidos en la tramitación parlamentaria de la reforma de 1992 hacía referencia (si bien no concretamente respecto del blanqueo de capitales) a la obligatoriedad o no de punición de las conductas reguladas bajo la cláusula de reserva. El interrogante surgió respecto de la discusión de la punición o no del consumo de drogas. Desde el gobierno, el Ministro de Justicia De la Cuadra Salcedo, consideró que la cláusula de reserva tiene una importancia máxima, significa que no existe la obligación de sancionar las conductas que bajo ella se regulan. En contra de esta opinión, se situaba la oposición al gobierno que pretendía sancionar el consumo, e interpretaba la cláusula de reserva en el sentido de mandato de tipificación. La doctrina se ha ocupado escasamente de esta problemática, pero opina, acertadamente, que las conductas tipificadas bajo la cláusula de reserva no son de obligatoria punición por los Estados miembros” (en *El delito de blanqueo de Capitales...*, ob. cit., pág. 181).

## **4.2. El Código Penal de 1995.**

Posteriormente, el Código Penal de 1995 inaugura una nueva fase en el tratamiento jurídico-penal del delito de blanqueo de capitales al establecer en el art. 301, ubicado en el Capítulo XIV (bajo el título “De la receptación y otras conductas afines”) y dentro del Título XIII (en “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”) del Libro II, el delito de blanqueo de capitales procedentes de delitos graves. A propósito de esta reforma MARTÍNEZ-BUJÁN subraya tal marco legislativo: “En el nuevo C.p. de 1995 la conducta de blanqueo se define en un solo artículo, el art. 301, que aporta la novedad de castigar el blanqueo de bienes procedentes de cualquier otro delito grave.”<sup>501</sup>

## **4.3. Las reformas posteriores.**

La reformulación del delito de blanqueo en el nuevo artículo 301 y siguientes del Código penal configura un nuevo diseño típico que ha sido desde entonces la norma fundamental del sistema penal español. Este esquema típico ha sido perfeccionado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/ 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que reforma la regulación prevista en el art. 301 CP. Esta reforma incorpora, al final del párrafo primero del art. 301.1, una pena facultativa de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o industria de uno a tres años y la posibilidad de acordar la medida de clausura temporal, hasta cinco años, o definitiva del establecimiento o local. También han sido introducidas referencias al decomiso de bienes: a) el tipo agravado de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico (que remite al art. 374 del CP); b) el número 5 del art. 301 relativo al decomiso respecto del delito de blanqueo en general (relacionado con el art. 127 CP); c) el decomiso de los bienes y productos cuando el delito se cometa en el marco de organizaciones dedicadas al blanqueo previsto en el art. 302 nº 2 del CP. Esta reforma menciona la aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP para el caso de organizaciones dedicadas al blanqueo en la letra a) del art. 302. nº 2, y la pérdida de la

---

<sup>501</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa..., op.cit. pág. 593.

posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas, beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social en la letra b).

#### **4.4. Estado actual de la legislación penal**

Finalmente, la Ley Orgánica 5/2010 modifica de nuevo el delito de blanqueo de capitales, introduciendo reformas muy importantes. Esta reforma se ha visto envuelta en la polémica pues ha dado la impresión de que el blanqueo ha dejado de ser una opción de ultima *ratio*.

También se ha producido un *cambio de rubrica* del capítulo XIV (título XIII del libro II que contiene los arts. 298 a 304 del Código Penal): el anterior título “De la receptación y otras conductas afines” ha sido sustituido por “De la receptación y el blanqueo de capitales”.



Este cambio, que aparentemente no representa más que una nueva denominación, esconde por detrás un debate que había en la doctrina y en los medios jurídicos acerca de la pertinencia de la denominación anterior<sup>502</sup>.

Como describe BLANCO CORDERO en sus comentarios al delito de blanqueo de capitales “esta rúbrica del CP de 1995 había sido objeto de objeciones por la doctrina esencialmente por lo confuso que resultaba la expresión «otras conductas afines»,

---

<sup>502</sup> Sobre este tema MARTÍNEZ-BUJÁN escribe que “la rúbrica actual proviene de la LO 5/2010, que sustituyó la anterior rúbrica (“De la receptación y otras conductas afines”), redactada en el CP de 1995. Dicha LO introdujo además algunas modificaciones de relieve en los arts. 301 y 302, a las que aludiré posteriormente en el lugar sistemático correspondiente. Aquí cabe anticipar, con carácter general, que dicha reforma constituye una evidente manifestación del criticable fenómeno de la expansión del Derecho penal (vid. por todos especialmente SILVA 2011, 131 ss., ABEL 2011, 61 ss., ARIAS 2011, 92 ss., VIDALES 2012, 10 ss.). La incorporación del vocablo “blanqueo” a dicha rúbrica debe ser elogiada, según puse de relieve en la edición anterior de esta obra. El legislador del nuevo CP de 1995 había evitado utilizar la terminología que ya se empleaba en el Proyecto de CP de 1992, en el cual la rúbrica del Capítulo XVI del Título XII aludía a la “receptación” y al “blanqueo de dinero” y en cuya Exposición de Motivos se afirmaba explícitamente que “la utilización del neologismo ‘blanqueo de dinero’ obedece a la convicción de que es la expresión que mejor designa... la clase de conductas que se describen”. Sin embargo, esta locución fue injustamente criticada (sin fundamento lingüístico alguno) por un sector doctrinal y en particular fue puesta en tela de juicio en el Informe sobre el Anteproyecto de CP de 1992, elaborado por el C.G.P.J., en el que literalmente se decía que “parece que ha de rechazarse la incorporación al Código de un término como el de ‘blanqueo’ que no es sino puro argot”. Ello no obstante, no se puede desconocer que, con independencia de su origen, la utilización del vocablo “blanqueo” en sentido metafórico se ha impuesto absolutamente en el lenguaje jurídico anglosajón y que, por influencia de éste, se ha incorporado a los textos jurídicos internacionales sobre la materia, así como a las legislaciones de diversos países de nuestro entorno. Incluso en la más reciente literatura jurídica española el término “blanqueo” ha sido adoptado por la mayor parte de los autores y, en concreto, por los principales monografistas (vid. p. ej., las obras de BLANCO, 1997 CORDERO, DEL CARPIO, GÓMEZ INIESTA, FABIÁN, ABEL, ARIAS), sin que, por lo demás, existan visos de que la opinión discrepante (cada vez más reducida, por cierto) pueda llegar a ponerse de acuerdo sobre un vocablo alternativo, que, en todo caso, ya no conseguiría obtener carta de naturaleza en el lenguaje ordinario, en el que el referido término se encuentra totalmente extendido. Carece de sentido hoy en día, pues, censurar la pretendida incorrección del empleo de la palabra “blanqueo” aplicada a bienes o a capitales, sobre la base del argumento (totalmente fuera de lugar) del origen de la locución o sobre la base de achacar que se incurre en el empleo de un sedicente “neologismo” que (en contra de lo que ha apuntado buen número de penalistas) en realidad no existe, dado que el término “blanqueo” es desde antiguo palabra incluida en el Diccionario de la RAE. En efecto, lo único que cabría señalar —poniéndonos puristas— es que la expresión “blanqueo de bienes o capitales” constituye un “calco” de una metáfora del lenguaje inglés; pero no veo por qué razón semejante calco metafórico no pueda ser utilizado en el lenguaje español, con el fin de enriquecer una lengua tan preñada de metáforas como la nuestra. De hecho, a partir de la 22a edición del Diccionario de la RAE ya se admite la expresión “blanqueo de capitales”, como acepción jurídica. Lo que, en cambio, no resulta correcto es el término frecuentemente usado como objeto del blanqueo, es decir, el “dinero”. Y ello por la sencilla razón de que no siempre va a ser dinero lo que se derive de las actividades delictivas o lo que se trata de lavar o blanquear, sino que en ocasiones son otros bienes o activos. De ahí, en fin, que deba respaldarse la nueva rúbrica redactada por la L.O. 5/2010, que permite abarcar toda clase de valores objeto de blanqueo. Considera también más apropiada la nueva rúbrica: MANJÓN-CABEZA, 2010, 340, (y 2013, 664 s.) si bien matiza que, tras la reforma de 2010 en la que se tipifican la posesión y la utilización, se desbordan los límites de la figura del blanqueo para dar cabida a comportamientos “afines a la receptación” (vid. también CASTRO, 2009). Sobre la cuestión terminológica vid. por todos ya BLANCO, 1997, 95 y s., quien agregaba que así la expresión se coordina además con la fórmula utilizada en la normativa administrativa española y en los textos internacionales; vid. además ampliamente ABEL, 2002, 23 ss., y 2011, 65 ss., con referencias a la rúbrica vigente”. (Cfr.: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico...*, op.cit., pág. 590).

obviamente a la receptación. La confusión venía porque considerar al blanqueo como conducta receptadora no era correcto, pues la diferencia con la receptación es que el blanqueo no exige (aunque no excluye) el ánimo de lucro. La denominación que se da al fenómeno objeto de estudio ha sido valorada de manera positiva por la doctrina al ser la más habitual para aludir a este delito, es la usual empleada en nuestro entorno, tiene ya arraigo en nuestro país y es la que se emplea en los instrumentos internacionales y en las normas nacionales de naturaleza administrativa. La nueva rúbrica es por ello más apropiada que la previa, pues dota al blanqueo de una entidad propia y diferencia de la receptación, le asigna así una verdadera autonomía.”<sup>503</sup>

Sobre este tema MARTÍNEZ-BUJÁN menciona que “no dejaba de ser sorprendente que un texto punitivo como el español de 1995, tan despreocupado por el correcto empleo del idioma a lo largo de todo su articulado, eludiese el uso de la expresión “blanqueo de bienes (o de capitales)” que no entraña incorrección lingüística alguna, que es utilizada en otros textos legales y que se halla ampliamente difundida en el lenguaje común. Y no dejaba de sorprender, además, que fuese el propio legislador el que reconociese que no existía una expresión alternativa mínimamente asentada en el idioma español, al verse obligado a emplear el recurso perifrástico “otras conductas afines a la receptación”, recurso que por lo demás —como habían advertido VIVES/G. CUSSAC— inducía a confusión, puesto que, según veremos, el blanqueo de bienes no es en rigor una mera conducta receptadora.”<sup>504</sup>

MARTÍNEZ-BUJÁN menciona también que “la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, eliminó la exigencia de que el delito precedente deba ser *grave* (sobre esta evolución legislativa, vid. ABEL, 2004, Capítulo I).”<sup>505</sup> Esta reforma, amplía así el ámbito de aplicación de los artículos 301 y 302, permitiendo además el decomiso de las ganancias obtenidas por el culpable y, en casos de delito de tráfico de drogas o

---

<sup>503</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de Capitales..., ob. cit., pág. 184.

<sup>504</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa..., op.cit. pág. 591.

<sup>505</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa..., op.cit. pág. 593.

pertenencia a una organización dedicada al blanqueo, el decomiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos<sup>506</sup>.

Por fin es fundamental mencionar que el Código Penal español ha sufrido una reciente y muy importante reforma por medio de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo. Esta reforma se ha tramitado con una rapidez que no exterioriza el cuidado y esmero que se espera del legislador penal, y por tal motivo muchas voces doctrinales se han levantado para lanzar justas críticas. Esta problemática es mayor en materias polémicas como es el caso Derecho penal económico en su conjunto<sup>507</sup>.

Comentando esta importante reforma ARMENDÁRIZ LEÓN, de forma muy razonable, afirma que “asombra la rapidez empleada por nuestro legislador penal en aprobar la reforma del Código penal (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), así como el escaso periodo de *vacatio legis* que la propia Ley contempla. Presentado el Anteproyecto en 2012, por el anterior ministro Ruiz Gallardón, como una de las iniciativas prioritarias de nuestro Parlamento, pronto pasó a ser objeto de distintas prórrogas en el periodo de enmiendas, durante los años 2013 y 2014, reactivándose, a una velocidad de vértigo, en enero de 2015, teniendo en cuenta la amplia reforma de que fue objeto el texto punitivo por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y que, como es lógico, no ha habido el tiempo suficiente para valorar los cambios introducidos y la oportunidad de una nueva reforma”<sup>508</sup>.

Los motivos que han llevado a tal reforma también han sido objeto de polémica, como subraya la misma autora: “la razón no la encontramos en un aumento de la delincuencia en España, así lo demuestra la baja tasa de criminalidad si las comparamos

---

<sup>506</sup> Tal reforma llevada a cabo por la LO 15/2003 introduce en la regulación de los delitos de blanqueo diversas disposiciones referentes al comiso. En primer lugar, en relación al art. 301, se añade un nuevo apartado 5, que se limita a prever el comiso de las ganancias en sintonía con la regla general del art. 127, proveniente del CP de 1995: «Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código». En segundo lugar, en lo que se refiere al tipo cualificado definido en el apartado I del art. 302, el apartado 2 se agrega una disposición específica en materia de comiso, indicando que los jueces “impondrán ... el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo”. También en lo que se refiere al tipo cualificado del párrafo segundo del apartado 1 del art. 301, relativo al blanqueo de bienes que tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas, la reforma añade un nuevo inciso en el que se indica que “en estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código”.

<sup>507</sup> Sobre cuestiones polémicas dentro del Derecho penal económico, véase el art. de GÓMEZ PAVÓN, P. Cuestiones actuales del Derecho Penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº extraordinario 1º, 2000, p. 425 y sig.

<sup>508</sup> ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: Líneas generales de la reforma del Código Penal. Artículo publicado en 10 de junio de 2015. Texto accesible en: <http://hayderecho.com/2015/06/10/lineas-generales-de-la-reforma-del-codigo-penal/>

con la de otros países de la Europa occidental, lo que choca con la justificación señalada en la propia Exposición de Motivos (que consta de 25 páginas) de la Ley 1/2015 que dice expresamente “en la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal”. No nos encontramos con razones estrictamente jurídicas, sino que esta reforma responde, desgraciadamente, a motivaciones de populismo político atribuibles a los acontecimientos electorales que nos depara el año 2015. No encontramos reforma penal en España que no consista en un endurecimiento de las penas, demostrándose una vez más, con la Ley que entrará en vigor el 1 de julio de este año, que lo que ha fracasado anteriormente también se presume que fracasará en el futuro, pues la experiencia nos demuestra que el aumento en el rigor punitivo no es directamente proporcional a un descenso de la delincuencia. Tampoco convence que en España, es decir los españoles, se hayan inventado nuevas formas de criminalidad que justifiquen una reforma tras otra, y así casi una treintena, desde que entrara en vigor el Código penal de 1995, de ser tan sagaces inventores o visionarios no se entiende cómo no estamos a la cabeza de todos los progresos mundiales. El objetivo de alcanzar la Justicia no se logrado con el Derecho penal, pero tal vez pueda decirse que ese objetivo es inalcanzable si no configuramos otros sistemas que se aproximen más a ese anhelo.”<sup>509</sup> Creo esta descripción es muy pertinente y representa en gran medida el sentido de las últimas iniciativas de reforma legislativa en España.

A su vez, en un reciente artículo GONZÁLEZ CUSSAC ha realizado una descripción muy refinada y lúcida acerca del tema. Sus planteamientos son absolutamente sensatos y comparto plenamente su pensamiento, razón por la cual me sumo a algunas de sus conclusiones.

En primer lugar, este prestigioso autor destaca que “en efecto, pues no había ninguna necesidad de volver a reformar el nuevo Código Penal español de 1995, ya modificado desde entonces cerca de treinta veces, y por fin adecuar la legislación procesal al siglo XXI, al espacio europeo y a los derechos fundamentales”<sup>510</sup>. Esta observación confirma una tendencia de excesiva intervención del legislador penal sin

---

<sup>509</sup> Cfr. ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: Líneas generales de la reforma..., op.cit.

<sup>510</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Señas de identidad de la reforma penal de 2015: política criminal e ideología. En Teoría & Derecho – Revista de pensamiento jurídico (<http://teoriayderecho.tirant.com>). Revista trimestral junio/2015, págs. 168-177.

que exista una madurada reflexión sobre las consecuencias de este proceso legislativo intermitente<sup>511</sup>.

Dejando de lado el contenido específico de tal reforma - pues sus términos no tocan directamente el tema central de esta tesis – es sin embargo muy importante conocer el sentido que tiene el proceso de transformación e innovación del Derecho penal español<sup>512</sup>.

Nuevamente GONZÁLEZ CUSSAC señala que el texto de esta reforma ha cambiado muchos aspectos importantes de la ley penal, “pero el radical giro es sobre todo de fondo, cualitativo, de conceptos y categorías, esto es, de ideas, de política criminal, de la misma concepción del derecho penal. Es más, por primera vez en España desde la Constitución de 1978, se han alterado los procedimientos institucionales en la tramitación y aprobación de un texto punitivo. Por todo ello, esta reforma traza una profunda línea divisora, dibuja un antes y un después en la normativa penal española”<sup>513</sup>.

Un importante aspecto destacado por este autor fue la amplitud de esta última reforma (“en síntesis, no es aventurado afirmar que estamos en presencia de otro Código Penal. Un nuevo texto en el que resulta difícil encontrar rastros del Código Penal de 1995”) que ha tenido aspectos positivos (“por supuesto que la reforma de 2015 posee aspectos positivos, incorpora mejoras de carácter técnico y soluciona satisfactoriamente algunos problemas interpretativos”) pero que también ha presentado muchos problemas y ofrecido muchas dudas que todavía no han encontrado respuestas (“ahora bien, en mi opinión los aspectos negativos, las incorrecciones técnicas, y la multiplicación de problemas interpretativos es mucho mayor”)<sup>514</sup>.

---

<sup>511</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC destaca “las que irregularidades procedimentales, la pobreza del debate y la ausencia total de consenso constituyen la primera señal de identidad de la reforma penal de 2015. Y a mi juicio, sin duda, la más grave.” (en *Señales de identidad de la reforma penal de 2015...*, op.cit., pág.170).

<sup>512</sup> Como afirma GONZÁLEZ CUSSAC por detrás de las modificaciones introducidas por el legislador está el ejercicio de una política criminal y aspectos ideológicos (así lo expresa...”para sostener estas afirmaciones no voy a perder espacio describiendo los múltiples cambios legales, lo que cualquiera puede verificar simplemente echando una ojeada comparativa. Basta aquí citar algunas modificaciones como meros ejemplos del alcance ideológico de la reforma”). En: *Señales de identidad de la reforma penal de 2015...*, op.cit., pág.170.

<sup>513</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Señales de identidad de la reforma penal de 2015...*, op.cit., pág. 169.

<sup>514</sup> Así lo expresa GONZÁLEZ CUSSAC .Cfr. *Señales de identidad de la reforma penal de 2015...*, op.cit., pág.170.

La apresurada manera de elaborar el texto de la reforma y la falta de tiempo para debatir y decantar las ideas permiten ponderar que esta tendencia legislativa en España es preocupante. No se puede perder de vista, como afirma CUSSAC que “una reforma de la importancia de 2015 necesita un consenso más amplio que exprese el suficiente soporte ciudadano y la pluralidad de la sociedad española. Un texto punitivo es, en expresión certera, una suerte de constitución negativa. Y en cualquier caso deriva directamente del contrato social. Por eso demanda acuerdos, el esfuerzo de alcanzarlos y la exigencia de obtenerlos.”<sup>515</sup> Esta dinámica lleva su tiempo y es un proceso democrático que necesita espacio y condiciones que favorezcan el debate sereno de ideas y propuestas.

No es de sorprender que una reforma de tal naturaleza y talante haya provocado polémica en la doctrina criminal, principalmente por sus reflejos sobre consagrados *principios penales*<sup>516</sup>.

Paralelamente, lo que se nota en España es una tendencia al incremento de la *intervención penal*<sup>517</sup> bajo justificaciones basadas en la inseguridad ciudadana y en

---

<sup>515</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Señas de identidad de la reforma penal de 2015..., op.cit., pág. 171.

<sup>516</sup> Así lo expresa GONZÁLEZ CUSSAC: “...El recurso acentuado a los delitos de peligro, y el adelantamiento de la línea de intervención penal, materializada en varias manifestaciones de criminalización generalizada de actos preparatorios, sitúan la reforma muy lejos de las exigencias mínimas dimanantes del *principio de ofensividad*. Principio íntimamente vinculado a una concepción nuclear del Estado de Derecho expresada en las ideas de prohibición de exceso, *proporcionalidad*, *mínima intervención*, y carácter *fragmentario* y *secundario* del derecho penal”. Así: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Señas de identidad de la reforma penal de 2015..., op.cit., pág. 174

<sup>517</sup> En este sentido GONZÁLEZ CUSSAC afirma “Como ya he escrito anteriormente, la ideología que subyace a la reforma de 2015 resulta muy sencillo descubrirla. Es más, no subyace ni hay que descubrirla porque es obvia y sus promotores constantemente la exponen públicamente. En general responde a una concepción exclusivamente represiva del sistema penal. Es decir, *incremento de la intervención penal* con más conductas prohibidas y aumento de la severidad de las penas con protagonismo absoluto de la prisión. Esta aceleración punitiva no se sostiene ni en las cifras globales de criminalidad ni en las específicas de delincuencia grave. La tendencia de los últimos años sigue mostrando un descenso general en la comisión de infracciones, y mantiene una de las tasas más bajas de delitos graves de Europa; es decir, del mundo. Por el contrario ya tenemos una tasa de población penitenciaria de las más altas y hacinadas del continente. Entonces ¿por qué se endurece todavía más la legislación penal ante una realidad criminológica comparativamente benigna?” (en Señas de identidad de la reforma penal de 2015..., op.cit., pág. 174).

reclamos de *armonización*<sup>518</sup> de la legislación nacional con la política criminal que impera a nivel internacional.

En conclusión coincido con las lúcidas palabras de GONZÁLEZ CUSSAC acerca de la actual realidad penal en España y las perspectivas que el futuro presenta: “vivimos tiempos en que todo es rápido, desde las comunicaciones al transporte. También la comida rápida se va instalando en nuestras sociedades. Ahora le ha llegado el turno al derecho penal: juicios rápidos y reformas rápidas. De aquí inferimos que el astuto legislador haya tenido que rescatar la citada recomendación de Otto von Bismark. Bien-venidos a la era del pensamiento penal rápido”<sup>519</sup>.

---

<sup>518</sup> Sobre este aspecto GONZÁLEZ CUSSAC, “la respuesta no se encuentra tan razones pragmáticas, de necesidad, o de políticas públicas orientadas a reducir la criminalidad. Tampoco se halla en la coartada ya can cansina como falaz de la armonización y transposición de la normativa europea e internacional. No, se encuentra solo en una ideología radical combinada con un conjunto de factores sociológicos y culturales contenidos en la afortunada expresión del “populismo punitivo”. No se trata solo de la introducción de la pena de prisión permanente revisable —ya de por sí sola elocuente—, sino de la transformación de las reglas penológicas, especialmente de suspensión, sustitución, libertad condicional, antecedentes penales, comiso ampliado... Se trata también del regreso a enfoques pretéritos en la regulación de diversas figuras delictivas. Lamentablemente la tendencia hacia la máxima intervención del derecho penal en aras de una mayor seguridad de los bienes jurídicos, posee una sobresaliente presencia en el Código Penal de 2015.” (cfr.: Señas de identidad de la reforma penal de 2015..., op.cit., pág. 175-176).

<sup>519</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Señas de identidad de la reforma penal de 2015..., op.cit., pág. 176.

# **CAPÍTULO II**

## **ASPECTOS GENERALES DEL BIEN JURÍDICO**

**Y**

## **EL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITAL**



## CAPÍTULO II

### BIEN JURÍDICO Y BLANQUEO DE CAPITALS

#### **I – Evolución de la teoría general del bien jurídico y aspectos principales de la materia en la actualidad. Aproximación al tema.**

El largo viaje recogido por el bien jurídico no ha terminado y parece ser un camino sin fin en la teoría del Derecho Penal<sup>520</sup>. Quizás por ello ROXIN ha afirmado que, a pesar del intenso debate<sup>521</sup>, la cuestión sigue sin estar clara, “pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de ‘bien jurídico’ de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria de su contenido”<sup>522</sup>. No obstante, como señalaba JESCHECK, los bienes jurídicos representan aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena<sup>523</sup>, de suerte que *la definición del objeto de protección de la norma penal es imprescindible para dar fundamento racional al sistema penal*<sup>524</sup>. Por consiguiente, la necesidad de abordar el tema es inevitable, como subraya HEFENDEHL al decir que “la reflexión sobre los bienes jurídicos es aún un *work in progress* y por ello necesariamente incompleta, pero no tiene alternativa”<sup>525</sup>.

Por otro lado, la propia evolución del Derecho Penal moderno ha conducido a la noción de que tan solo comportamientos que impliquen una lesión o amenaza de lesión

---

<sup>520</sup> Cfr.: MIRAT HERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> P.: Detenciones ilegales (Artículo 163 del Código Penal). Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Colección de Criminología y Derecho Penal. IBBN 84-8494-020-9. 2001), pág. 111: “La discusión en torno al bien jurídico después de siglo y medio, no ha ofrecido ninguna respuesta unánime”.

<sup>521</sup> En 2004, por ocasión de su viaje a América, el Maestro ha proferido una serie de Conferencias tituladas “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? demostrando su preocupación con la cuestión. Texto disponible en La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, págs. 443-458. Madrid: Marcial Pons, 2007. Traducción del original realizada por Iñigo Ortiz de Urbina Giraeno.

<sup>522</sup> Cfr. ROXIN, C.- Derecho Penal. Parte General. T. I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción del Diego-Manuel Luzón Peña. Civitas, año 1997, pág. 54.

<sup>523</sup> Cfr. JESCHECK, Hans-H.: Tratado de Derecho penal. Parte general. Traducción y adiciones de Derecho español realizadas por MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 9.

<sup>524</sup> Cfr., MIRAT HERNÁNDEZ, op.cit. pág. 111: “Con el concepto de bien jurídico se quiere expresar el objeto protegido por cada prohibición o mandato, para con ello dar un fundamento racional al sistema penal”.

<sup>525</sup> Cfr. HEFENDEHL, R.: El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa. En Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Ed. Edisofer. Tomo I, Madrid, 2008, págs. 389-404. Comentando la inacaba construcción de este concepto ROXIN menciona la opinión de SCHÜNEMANN para quien «el auténtico desarrollo de la teoría del bien jurídico está por venir» (ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?» pág. 445).

a los derechos del hombre pueden ser considerados un delito circunstancia que refuerza la necesidad de que el tema sea estudiado por la doctrina como una cuestión fundamental para el Derecho Penal.<sup>526</sup>

El panorama científico indica que la doctrina penal suele *categorizar* el sentido del bien jurídico en dos planos distintos<sup>527</sup>. Por un lado, en el campo de la política criminal, se considera aquello que merece la protección del Derecho Penal, y por otro se toma en consideración los bienes que efectivamente resultan protegidos por la norma criminal<sup>528</sup>. En otras palabras, la ciencia penal observa en tiempo real tanto lo que es digno de merecer protección penal cuanto lo que ya se encuentra protegido por la norma, dentro de un sistema que es dinámico y mutante a la vez, así como es cambiante la propia sociedad. En este esquema, el poder punitivo del Estado es ejercido como una potestad de *ultima ratio* sujeta a los principios de necesidad, fragmentariedad, y de

---

<sup>526</sup> Cfr. MARTOS NÚÑEZ ("Principios Penales en el Estado Social y Democrático de Derecho", en Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED, España, nº. 1, 1991, pág. 224) afirma que "“el delito antes que la infracción de una norma, es lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales para el individuo y la comunidad” lo que obliga al Derecho Penal a enfrentar la cuestión de la naturaleza del bien jurídico.

<sup>527</sup> En este sentido, la clasificación propuesta por MIR PUIG, ampliamente conocida en la doctrina: " El concepto de bien jurídico se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos distintos: a) en el sentido político-criminal (*de lege ferenda*) de lo único que merece ser protegido por el Derecho penal (en contraposición, sobre todo, a los valores solamente morales); b) en el sentido dogmático (de lege lata) de objeto efectiva mente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate. (...) Los dos conceptos de bien jurídico mencionados (el político-criminal y el dogmático) pueden hallarse más o menos próximos, según el grado de realización por parte del Derecho positivo del ideal político-criminal que se mantenga. El concepto político-criminal de bien jurídico tenderá a tener un contenido muy cercano al del concepto dogmático para quien sustente la misma concepción político-criminal que inspira al Derecho penal vigente —y al contrario. Todo Código penal supone la realización, más o menos feliz, de un determinado programa político-criminal, que cuenta entre sus puntos básicos con la determinación de aquellos bienes que deben ser protegidos bajo pena. Esta determinación de los bienes a proteger penalmente depende de los intereses y valores del grupo social que en cada momento histórico detenta el poder político. Los Códigos penales no protegen intereses históricos ni valores eternos desvinculados de la estructura social de un lugar y de un tiempo concretos. Cuando se dice que el Derecho penal protege a «la sociedad» hay que evitar entender que protege siempre por igual a todos los miembros de la sociedad con independencia de su posición en el sistema social correspondiente. Los Códigos españoles, como los del mundo occidental, tienen su origen en la sociedad burguesa del siglo XIX y parten de la protección de intereses y valores predominantes burgueses. Las modificaciones que entretanto ha ido experimentando el capitalismo y el modelo de Estado en nuestro ámbito cultural van determinando o exigiendo ciertos cambios en los bienes jurídicos del Derecho penal. En la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material —lo que se llaman los «intereses difusos» (Derecho Penal, Parte General. 9ª Edición, Editorial Repertor. Barcelona. 2011. pág. 161.

<sup>528</sup> Cfr. MIRAT "dos son las cuestiones fundamentales que se plantean; de una parte, el propio concepto y, de otra, sus funciones dentro de la teoría del delito, o incluso su propia necesidad. Un sector de la doctrina pone en duda la capacidad y utilidad del concepto en la práctica, dejando al bien jurídico al margen de la dogmática jurídico penal, mientras que otro sector opina que la teoría del bien jurídico se debe colocar en la base de la teoría del delito para que cumpla una función de crítica del Derecho penal positivo, función básica en un estado democrático". MIRAT HERNÁNDEZ, op.cit. pág. 112.

mínima intervención<sup>529</sup>. Por esta razón, es comprensible que en la actualidad persista un debate sobre el propio *concepto* de bien jurídico y también una sistemática discusión sobre sus *funciones* dentro de la teoría del delito, o incluso acerca de su propia *necesidad*<sup>530</sup>.

## **1. La evolución de la materia y principales teorías**

### **A. Orígenes y desarrollo del debate científico acerca del tema (Teorías constitucionales y Teorías sociológicas)**

En términos evolutivos, la lectura del Derecho Penal que se hacía en principios del siglo XIX es distinta de la que hoy se hace, pero existen aspectos cuya relevancia persiste y que merecen ser considerados para que se pueda comprender el sentido y *significado* de la norma penal en los días actuales. Resulta que la historia del *concepto de bien jurídico* pone de manifiesto la vinculación de la ciencia penal con la *teoría del Estado*.

La concepción de que el delito es una lesión a un derecho ajeno gana fuerza con FEUERBACH<sup>531</sup> en principios del Siglo XIX, basándose en la idea de que los hombres, en posición de igualdad entre sí, ceden una parcela de su libertad en favor de respetar el

---

<sup>529</sup>Esta actuación de *ultima ratio* debe estar regida por los principios de intervención mínima y de exclusiva protección de bienes jurídicos. Así se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero del año 2003: "El llamado por la doctrina principio de intervención mínima no está comprendido en el de legalidad ni se deduce de él. Reducir la intervención del derecho penal, como última "*ratio*", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal."

<sup>530</sup>Un sector de la doctrina pone en duda la capacidad y utilidad del concepto en la práctica, dejando al bien jurídico al margen de la dogmática jurídico penal, mientras que otro sector opina que la teoría del bien jurídico se debe colocar en la base de la teoría del delito para que cumpla una función de crítica del Derecho penal positivo, función básica en un estado democrático.

<sup>531</sup> El año: 1832. VON FEUERBACH, P.J.A.R., Tratado de derecho penal, traducción al castellano de la 14ª edición alemana por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

*contrato social* a cambio de que el propio Estado tutele los intereses generales<sup>532</sup>. En este sentido, como recuerda MIRAT HERNÁNDEZ, la concepción del bien jurídico se considera como la lesión de un *derecho subjetivo*, que es la expresión propia de la *Teoría del Contrato Social en Derecho Penal*: los hombres deciden vivir en sociedad y confían al Estado la conservación del orden creado. “El hombre renuncia a su autodefensa y el Estado es el encargado del castigo de las conductas que pongan en peligro las condiciones de funcionamiento que la propia sociedad se ha dado. El Estado es el garante de que no se produzcan conductas lesivas para otro miembro de la sociedad, o que pongan en peligro al propio Estado. El delito, por tanto, se considera como una lesión a un derecho subjetivo, bien sea de un particular o del Estado”<sup>533</sup>.

Esta es una adecuación de la *teoría iluminista* al ámbito del Derecho Penal que transforma el Estado en garante de la convivencia social<sup>534</sup>. Sobre esta visión de la *Ilustración* ROXIN ha afirmado que “es fácil legitimarla acudiendo al pensamiento jurídico-racionalista de la Ilustración, base de la forma democrática de Estado. Según la concepción ideal del contrato social, los ciudadanos, detentadores del poder estatal, ceden al legislador *sólo* aquellas facultades penales que son necesarias para alcanzar una

---

<sup>532</sup> Para SZCZARANSKI VARGAS “Feuerbach comprendía el delito como “lesión de derecho”. En Feuerbach, la unión de voluntades importa la fundación de la sociedad civil, la cual, al organizarse constitucionalmente y someterse a la voluntad común, constituye al Estado. Éste asegura mediante leyes los derechos anteriores al mismo, garantizando así la libertad. Luego -y entendiendo que el núcleo del delito se encuentra en la esfera individual de la libertad para el desarrollo-, para Feuerbach el delito se comprende como lesión de alguno de los derechos anteriores al Estado que se encuentra protegido por una ley penal, de forma tal que sólo en la medida que dichas leyes protejan efectivamente la libertad, se podría llamar “crimen” a la vulneración de aquellas (aun cuando al referirse a los sujetos del crimen, el autor defina a éste simplemente como “infracción a una ley”). De esta forma, entendemos que el delito en Feuerbach se encuentra constituido tanto por un aspecto sustantivo y principal (la lesión de derechos anteriores al Estado), como por otro que podemos considerar formal y accesorio al primero (que dicho derecho se encuentre protegido por norma penal). En esta medida, el delito rompe la igualdad entre autor y víctima, produciéndose una lesión de la libertad garantizada estatalmente, y subordinándose el concepto de delito al principio material de preservación de la libertad individual. En este marco, el rol del derecho penal consiste en proteger la esfera negativa de libertad de los ciudadanos; y la pena, entendida como consecuencia jurídica de una lesión, resulta necesaria para preservar derechos externos.” Así en “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales. Vol. 7, N° 14 (Diciembre 2012), Art. 5, pág. 379.

<sup>533</sup> Cfr. MIRAT, op.cit. pág. 112.

<sup>534</sup> En este sentido Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE recuerda que los hombres ante la inseguridad que supone vivir aislados, se organizan en sociedades y confían al Estado la conservación del nuevo orden creado (“Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal”. En Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, 1991. ISBN 84-7665-794-3). Del mismo autor, y sobre el límite del poder del Estado: Política penal en el estado democrático. “El poder penal del Estado : homenaje a Hilde Kaufmann”. Ob. coord. por Juan José Bustos Ramírez, Roberto Bergalli, 1985, ISBN 950-14-0273-8, págs. 155-171. Específicamente en el ámbito del Derecho Penal Económico, sus consideraciones sobre el bien jurídico véase “Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, el hecho y la necesaria reforma del sistema penal español” en Hacia un derecho penal económico europeo / Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, Servicios de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992, 1995, ISBN 84-340-0697-9, págs. 187-208.

convivencia libre y pacífica, y sólo en la medida en que este fin no se pueda conseguir por medios más suaves. Para esta concepción, lo ideal es que el poder de intervención estatal y la libertad de los ciudadanos logren un equilibrio que le garantice al individuo tanta protección como sea necesaria, pero también tanta libertad individual como sea posible. Estas metas de nuestra tradición liberal-ilustrada de ningún modo han quedado obsoletas, sino que continuamente tienen que ser protegidas frente a tendencias limitadoras de la libertad de los más diversos orígenes.”<sup>535</sup>

El movimiento de la Ilustración parte del reconocimiento de un estado natural en el cual todos los hombres gozan de libertad e igualdad, que pierden parcialmente por virtud de la cesión que de ellas hacen mediante el contrato social. Tal concepción, que remonta al año 1762 busca armonizar la libertad individual con la autoridad del Estado, proponiendo una nueva forma de legitimar el ejercicio del poder. En este sentido reglas de convivencia basadas en un acuerdo social por el cual cada ciudadano entrega sus derechos al gobierno a cambio de la garantía de su vida y su propiedad, creando una voluntad general en la búsqueda del bien común, una síntesis de lo que es mejor para todos. El poder punitivo entra en este contrato como un componente importante que incide sobre la libertad, resultando que la relación entre el individuo y el poder del Estado sea una eterna preocupación que acompaña el desarrollo del propio Derecho Penal<sup>536</sup>.

ROXIN destaca que este sistema está construido a partir de la ley positiva donde el Derecho Penal se sumerge en el ámbito del contrato social y el Estado asume el papel de defender las libertades individuales. La lesión a derechos subjetivos también conduciría una actuación contraria al fin del Estado. En este sentido el ilícito sería una acción contraria a derechos ajenos, sancionada por una ley penal, donde el sistema funciona como mecanismo de protección de derechos, y la pena pasa a ser encarada como una consecuencia jurídica necesaria para la protección de derechos ante a una lesión que es principalmente jurídica. De ello deriva el fortalecimiento de la idea de que

---

<sup>535</sup>Cfr. ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ..., op.cit. pág. 447.

<sup>536</sup>BECCARIA, advierte: “...si llegase a probarse que la atrocidad de las penas, inmediatamente opuesta al bien jurídico y a la finalidad misma de impedir delitos, fuese inútil, también en este caso aquella no sólo sería contraria las virtudes benéficas, efecto de una razón ilustrada que prefiere mandar más bien a hombres felices, que no a una manada de esclavos en que se mantenga siempre una perpetua circulación de tímida crueldad, sino que sería también contraria a la propia justicia y a la naturaleza del mismo contrato social” (Tratado de los delitos y de las penas - Capítulo III, traducción de BERNALDO DE QUIROS, Editorial Cajicas, Méjico, 1957).

la pena presupone el *principio de legalidad* y que la realización de la acción vincula la pena al hecho. Por lo tanto, el delito existe en la medida en que hay una lesión a un *derecho subjetivo*, concepción distinta de la idea de pecado y de la visión de la pena como una mera expiación. La necesidad de mantenimiento de la sociedad organizada justifica la coacción general representada por la pena, que pasa a asumir fines preventivos importantes. El resultado de tal pensamiento es que la desvinculación de la idea del delito como ofensa moral, basada en la idea de violación de una libertad, ha reforzado postulados iluministas. De ahí se puede afirmar que origen del bien jurídico esta en la pretensión de elaborar un concepto de delito previo al que forme el legislador, que condicione sus decisiones, pretensión característica de una concepción liberal del Estado, que concibe este como un instrumento que el individuo crea para preservar relevantes intereses individuales.

Dentro de este proceso evolutivo el surgimiento la sociedad industrial ha dado ocasión al nacimiento de otra visión de mundo, en la cual el Estado ha sido llamado a intervenir más y más en las relaciones entre el hombre y la sociedad, lo que de cierta forma ha sido una matización de la postura iluminista. En 1834, dentro de este contexto, BIRNBAUM introduce en la doctrina penal el concepto de bien jurídico (*Rechtsgut*) haciendo un análisis de la teoría subjetivista de Feuerbach, realizando una crítica en el sentido de que el delito no lesiona derechos subjetivos - lo que lesiona son los propios bienes<sup>537</sup>.

También surge en esta época una visión crítica, liberal y limitadora de la punibilidad. En este sentido, MIRAT HERNÁNDEZ menciona que en esta época BIRNBAUM crea el germen del concepto de bien jurídico al considerar la lesión que supone el delito no como a un *derecho subjetivo*, como ponían de manifiesto los iluministas, sino como la lesión a un «bien» y explica que “lo que realmente lesiona el delito no son derechos, sino «bienes», porque si perdemos una cosa a la que tenemos jurídicamente derecho, esta cosa será el objeto de nuestro derecho, pero el derecho en sí mismo considerado no se verá «sustraído ni disminuido». El daño para la sociedad ya no estará fijado sólo por el entorpecimiento de la vida en comunidad, sino por la lesión o puesta en peligro de todo lo que sea considerado como «bien», entendido como un

---

<sup>537</sup> De Johann Michael Franz BIRNBAUM: Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. 1834, p. 152 e ss. Edición consultada: ejemplar de la “New York Public Library” - Astor Lenox and Tilden Foundation, n° 398229 - 1907.

objeto valorado por el hombre o por la sociedad. El otorgar el carácter de «bien» depende del sujeto que realiza la valoración y conlleva una decisión de carácter político. Será el Estado, como titular de la soberanía, el que fije los bienes objeto de protección, teniendo en cuenta las condiciones de vida en común<sup>538</sup>. De esta manera, el autor amplía el contenido de la noción de bien jurídico<sup>539</sup>, que se sitúa en núcleo del injusto, abarcando un conjunto de valores, de sentido liberal e individual (basado en derechos básicos como la vida, la integridad corporal, la libertad, y el patrimonio). Anclada en la concepción iusnaturalista del contrato social, distinto de la noción de un Derecho Penal teocrático, encara el Estado como una confluencia de voluntades individuales que exigen una tutela de sus libertades y derechos<sup>540</sup>. Esta visión desplaza la condición de los bienes a un momento anterior, pues estos no son creados por el Derecho, sino que proceden o de la naturaleza (bienes naturales) o nacen de la propia convivencia social (bienes sociales). Además, a diferencia de Feuerbach, la concepción de Birnbaum no está centrada en derechos subjetivos sino en la idea de que el delito lesiona los propios

---

<sup>538</sup> Cfr. MIRAT HERNÁNDEZ, P.: Detenciones ilegales..., op.cit. pág. 112. La autora subraya a continuación que “BIRNBAUM coloca al bien jurídico como núcleo del injusto. La problemática para el concepto de bien jurídico se plantea con el cambio en la concepción del Estado, que se considera como un fin en sí mismo y no como garantía de las condiciones de vida en común. Esto se traduce en Derecho penal en una ampliación en su campo de intervención, pudiendo alcanzar el poder punitivo a toda conducta que el Estado considere oportuno colocar bajo castigo, y cuyo mayor o menor rigor puede ser fijado de forma arbitraria por el legislador, despojando al concepto de toda capacidad crítica. Los objetos dignos de protección se deciden a través de un juicio de valor del legislador, que con su decisión les otorga la categoría de bienes jurídicos, sin más limitación que la lógica de su elección, y su fin es conseguir una sana vida en común.”

<sup>539</sup> En este sentido SZCZARANSKI VARGAS afirma que el pensamiento de Birnbaum se debe considerar como delito o punible en el Estado, según la naturaleza de la cosa, o conforme a la razón, “toda lesión o puesta en peligro, imputable a la voluntad humana, de un bien que el poder público ha de garantizar parejamente a cada cual, siempre que no quepa conseguir una garantía general sino a través de la conminación de una pena determinada y la ejecución de la amenaza legal contra cualquier infractor” (*ipis*) con lo que se reconoce un principio de ultima ratio que puede morigerar la extensión de lo punible producida por la introducción del concepto de “bien”. Su tesis, además de esta limitación al legislador, reconoce una al juez, ya que si bien afirma que por concepto “jurídico natural de delito” se debe entender aquello que conforme a la naturaleza del derecho penal puede ser considerado punible en la sociedad civil -y por lo tanto es correcto hablar de un concepto de delito preexistente a la ley- ello no autoriza al juez a penar a falta de norma.” Así en SZCZARANSKI VARGAS, F.: Sobre la evolución del bien jurídico penal..., op.cit. 379.

<sup>540</sup> SZCZARANSKI VARGAS esclarece que “Birnbaum argumenta que la privación de un bien sobre el que se tiene derecho en nada afecta al derecho mismo, y por ello, la acción prohibida no puede ser entendida como “lesión de derechos”. Por el contrario, siguiendo a Henrion de Panfeu, el objeto de la ciencia penal es preservar beneficios de la asociación política, y el crimen consiste en conductas realizadas para quitar o menoscabar esos beneficios. De allí se afirma que la esencia del delito debe ser la lesión de un bien y no de un derecho. Respecto de estos bienes, el autor sostiene que ellos corresponderán a aquellos cuyo disfrute debe garantizar el Estado y que se dan al hombre por naturaleza o desarrollo social; distinguiendo además entre acciones que lesionan a personas determinadas en alguno de estos bienes, y acciones que afectan a la colectividad toda, dentro de las cuales incluye al conjunto de ideas religiosas.”(así en “Sobre la evolución del bien jurídico penal...”, op.cit. pág. 379).

bienes humanos<sup>541</sup>. De tal suerte es comprensible que el sentido histórico que ha marcado el nacimiento de las discusiones sobre el bien jurídico ha llevado a STRATENWERTH afirmar que tal concepto fue introducido en la discusión jurídicopenal con la expresa finalidad de lograr una definición “natural” de delito, independiente del Derecho positivo<sup>542</sup>, con importantes consecuencias desde entonces. De todas formas la importancia del pensamiento de Birnbaum es incontestable. En este sentido Birnbaum logra concretar la idea de bien jurídico y abre las puertas para otros avances futuros en el campo de la distinción ente lesión y puesta en peligro, tentativa y consumación, y el sentido de la tutela penal.

En sentido complementario, partiendo de las concepciones de Birnbaum, BINDING abraza el pensamiento racional-positivista y formal encarando el bien jurídico como todo aquello que el propio legislador define como relevante y digno de estar inscripto en la norma penal. El bien jurídico es algo inmanente al sistema legal, es una creación representativa del legislador. Sin una vinculación directa con los ideales de la ilustración tal pensamiento ofrece una nueva perspectiva que pone de relieve el derecho subjetivo del propio Estado.

Como afirma SZCZARANSKI VARGAS, Binding entiende el delito como infracción culpable de una norma amenazada con pena y utiliza una base jurídico-positiva para establecer el bien jurídico, directamente y en todo caso, en el contenido mismo de cada norma, recurriendo al derecho positivo y extrae los bienes del ordenamiento, determinando su extensión en base a los objetos que para el legislador son importantes, “así, el bien jurídico se conceptualiza cómo aquello que el legislador considera valioso como condición de vida sana y en cuyo mantenimiento la comunidad -en opinión del legislador- tiene interés; reduciéndose el bien jurídico a un elemento de la propia norma y siendo concebido como *ratio legis*.”<sup>543</sup> Explica el mismo autor que el sentido dado por Binding remite a que “toda norma tiene bien jurídico”, y que éste es lesionado en toda contravención a la misma (con lo que el delito es siempre infracción del deber de obediencia al Estado) resultando que todo injusto material punible sea también injusto formal. De esta forma, la infracción de ley (que en Feuerbach era

---

<sup>541</sup> Sobre el tema HORMAZABAL MALARÉE, H.: Bien jurídico y estado social democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal). 2ª. Edición. Santiago de Chile - ConoSur, p. 13, año 1992.

<sup>542</sup> Cfr. STRATENWERTH, G.: Derecho penal. Parte general, t. I., “El hecho punible”, 4ª ed., trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 65.

<sup>543</sup> Cfr. SZCZARANSKI VARGAS, F.: Sobre la evolución del bien jurídico penal..., op.cit. 380.



necesaria para la configuración del crimen, pero secundaria y dependiente de la lesión de derechos conocibles mediante la razón) es ahora directamente el “núcleo del delito”, sin que haya nada relevante detrás de ella.

MIRAT HERNÁNDEZ, a su vez, subraya que para Binding “el delito es una infracción del deber de obediencia que el ciudadano tiene frente al Estado como titular de un derecho subjetivo público: el poder de exigir dicha obediencia. Con esta concepción del funcionamiento del Estado, el individuo queda en una posición de absoluto sometimiento bajo la posible arbitrariedad de sus gobernantes. La selección de qué bienes deban protegerse, la creación de las normas y la imposición de las penas están en manos del Estado, sin posibilidad de críticas. El individuo es sólo el destinatario de la norma, que debe obedecer si no quiere recibir el castigo. La norma y el bien jurídico cumplen, en la concepción de BINDING, una función legitimadora del poder coactivo del Estado, hasta el punto de «cubrir con un manto de legalidad, la arbitrariedad del Estado»”.<sup>544</sup> Esta concepción formalista del Derecho identifica el delito como un producto del derecho y una creación del sistema legal.

Siguiendo una línea de dirección semejante, dentro del positivismo naturalista, Franz von LISZT alcanza una concepción más concreta de derechos y bienes, que asumen una conformación de acuerdo con la voluntad humana, un bien de los hombres, reconocido y protegido por el Derecho. Los derechos existen para la protección de intereses vitales y reales, fundamentales para vida en sociedad. De tal suerte, los denominados “bienes jurídicos”, de acuerdo con una concepción naturalista y sociológica no serían el resultado del pensamiento del legislador expreso por la norma sino bienes de la vida propiamente dicha, previamente establecidos de forma natural. Esta visión de mundo, más aproximada de una concepción sociológica que jurídicopenal, acaba por no atender a toda la gama de situaciones de la vida real, y ha vaciado parte de la importancia de la dogmática penal. En este sentido VON LISZT ha afirmado que *“llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. (...) Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés,*

---

<sup>544</sup> Cfr. MIRAT HERNÁNDEZ, P.: Detenciones ilegales..., op.cit. pág. 113. En este sentido, esta autora reafirma a continuación que “para BINDING, lo socialmente dañino está expresado por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, cuyo mantenimiento es significativo para una vida sana en común, desde el punto de vista del legislador. El establecimiento de una norma indica que la acción que prohíbe necesariamente es dañina socialmente, porque afecta al bien jurídico que toda norma encierra.”

*lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico*".<sup>545</sup>

En este sentido, un bien jurídico no es "un bien del Derecho" sino "un bien de los hombres", así reconocido y protegido por el Derecho, o sea, un interés jurídicamente protegido. De ahí que los bienes no tienen su origen en el ordenamiento jurídico, sino en la vida, y dependen de las necesidades de los seres humanos. Sin duda alguna, se trata de una configuración independiente del derecho, donde el bien jurídico es apto para señalar límites al legislador.

Como bien describe MIRAT HERNÁNDEZ, para VON LISZT el Derecho penal cumple, antes que nada, una función de garantía al establecer los presupuestos que debe observar el Estado para que esté legitimado a ejercer el *ius puniendi*, basándose en fundamentos normativos. En este sentido "el bien jurídico no es una creación del legislador contenida en una norma, sino un interés vital del individuo o de la comunidad, a la que la protección del derecho eleva a la categoría de bien jurídico y que es un reflejo de la realidad social en el mundo de lo normativo. El bien se encuentra sujeto a la revisión crítica que puede llevar a su mantenimiento, su desaparición o modificación, hecho que dependerá de la comunicación de la sociedad civil con la sociedad política. El bien jurídico es un interés de la vida que el derecho encuentra porque existe en la realidad social previamente y lo eleva a categoría jurídica".<sup>546</sup>

La evolución del Derecho penal ha sufrido influencia de factores socio-políticos y económicos. Durante el período de la ascensión del nazismo en Alemania se abre las puertas para el afloramiento de una visión en la cual el Estado tenía protagonismo, de modo que el concepto de bien jurídico no podría significar una restricción a la acción política del Estado. En consecuencia, la negación del concepto de bien jurídico ha sido

---

<sup>545</sup> Cfr. VON LISZT, F.: Tratado de Derecho penal, traducción de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, t. II, 4ª edición, REUS, Madrid, pág. 5, año 1999.

<sup>546</sup> Cfr.: MIRAT HERNÁNDEZ, P.: Detenciones ilegales..., op.cit. pág. 113, y reafirma que este autor buscó un concepto material de bien jurídico que sirviera de frontera máxima de lo punible, trasladando el bien jurídico a un momento previo al Derecho positivo. Este momento previo sería la realidad social .

uno de los postulados de la entonces llamada “Escuela de Kiel”<sup>547</sup> con importantes efectos teóricos. La Escuela de Kiel ha propuesto el abandono de los principios liberales que han llevado a una severidad de la pena como instrumento de reforzamiento de la autoridad del Estado.

Esta situación confirma que transformaciones históricas han sido factores importantes y han impactado sobre la teoría del bien jurídico. Los siempre importantes *aspectos históricos* que han influenciado la construcción del Derecho Penal simultáneamente han ejercido influencia sobre el desarrollo de tal concepto<sup>548</sup>. Por ejemplo, el período posterior a las dos *Grandes Guerras mundiales*, época de profundas transformaciones en el panorama geopolítico mundial, también ha traído al Derecho Penal nuevas miradas sobre la cuestión del bien jurídico. Se abren las puertas para un pensamiento de contenido más metodológico, normativista, sin dejar de considerar que en la vida real reside la substancia de los bienes jurídicos, como una realidad previa a los derechos y el sentimiento de libertad inherente al hombre. Esta nueva línea de mentalidad cambia la comprensión del concepto de bien jurídico para abarcar líneas del

---

<sup>547</sup> Como afirma JIMENEZ SEGADO, C.: "La Escuela de Kiel, también conocida como Escuela fenomenológica, intuitiva o irracionalista, cuyas figuras más destacadas fueron los profesores de la Universidad de aquella ciudad del norte de Alemania, Schaffstein y Dahm, fue la dirección dogmática (Kieler Richtung) predominante durante el Tercer Reich. Entre los precursores de aquel Derecho, el profesor de la Universidad Central, siguiendo a Hans von Hentig, exiliado en los Estados Unidos, incluía a los mencionados profesores de Kiel, pero también a Nicolai, a Gemminger y a Sauer. se ponía de manifiesto el pensamiento jurídico-penal nacionalsocialista. Dahm invocaba el principio inquisitivo contra el acusatorio-liberal. Schaffstein se pronunciaba a favor de un derecho autoritario contra el liberal, defendiendo la pena de muerte, la repulsa a la benignidad de las penas y la proclama de que el Derecho penal tenía como fin la defensa del pueblo. Nicolai aludía a la teoría jurídica de las razas, siendo la pena un método de selección. H. D. Freiherr von Gemminger trataba de deducir de las opiniones y discursos de Hitler consecuencias jurídico-penales y decía que el Estado debía aspirar a la retribución por medio del sufrimiento del delincuente, aunque esto no reportara provecho alguno a la sociedad, incluso cuando significara un aniquilamiento sin sentido. Por su parte, Eric Wolf se erigía en el filósofo del nacionalsocialismo punitivo." (en Carl Schmitt y las ideas penales de la Escuela de Kiel. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. ISSN 0210-3001, Tomo 62, Fasc/Mes 1, 2009, págs. 451-482).

<sup>548</sup> Como bien describe MIRAT HERNÁNDEZ “Con posterioridad se ha tratado de explicar el bien jurídico como bien de la cultura de un pueblo, o simplemente se le ha atribuido una función teleológica ausente de todo contenido, inadmisibles como límite a la potestad punitiva del Estado. La llegada del nacionalsocialismo al poder en Alemania supuso la negación de los valores liberales de la revolución burguesa y su sustitución por valores como la exaltación de la raza aria, de la nacionalidad y la atribución de un destino histórico al pueblo alemán. El hombre y la sociedad serán remplazados «por la comunidad de sangre del pueblo ario». Si para el liberalismo burgués el centro es el individuo, para el nacionalsocialismo es el pueblo, entendido como un ser con entidad propia, por encima de los individuos que lo forman. El delito ya no será entendido como una lesión a los intereses comunes, o a las condiciones de vida en común, sino como una traición a la fidelidad que todo individuo debe al pueblo alemán. «No se trata de una eticidad que sea expresión de racionalidad, sino de un planteamiento biológico racional que condiciona todo juicio moral a la utilidad de un pueblo considerado racionalmente puro». La función limitadora del bien jurídico al *ius puniendi* resulta inadmisibles; por lo tanto, se le asigna únicamente una función teleológica, vacía de contenido, como paso previo para expulsarlo del Derecho penal. El fin del Derecho penal es la protección del pueblo contra las degeneraciones antijurídicas.” (así en “Detenciones ilegales..., op.cit. pág. 114).

pensamiento *neokantiano*<sup>549</sup> y posteriormente será la base sobre la cual planteamientos sociales y constitucionales irán ser construidos.

Surge una cierta reacción al positivismo en el Derecho Penal, por el cual el delito es la expresión de lo que está previsto en la norma. El mundo adquiere además otras dimensiones: la del ser y la del deber ser. Entre estas dos esferas está el medio cultural, la expresión subjetiva de la sociedad como un todo, dentro de una concepción valorativa. Esta mirada interpretativa acerca del contenido de la norma, teleológica, ha transformado el campo de la dogmática en un esquema metodológico para la interpretación del contenido de la norma, algo que ha denunciado sus limitaciones frente al juicio concreto acerca de la legitimidad de la criminalización de las conductas. Tales reflexiones han encontrado en MEZGER una voz importante acerca de la definición y de la interpretación del bien jurídico.

Sobre este contexto *histórico*, MIRAT HERNÁNDEZ recuerda que después de la II Guerra Mundial, en razón de la crítica a la doctrina penal del nacional-socialismo, se vuelve a prestar atención al individuo, y en el contexto del Estado social y democrático de Derecho, la política criminal experimenta un resurgimiento y con ello la

---

<sup>549</sup>En este pensamiento, el contenido del bien jurídico gana matices valorativos, propios del mundo de los valores culturales. Sobre el tema, MIR PUIG ha escrito que "los neokantianos constituyeron la doctrina dominante a partir de los años veinte, buscaron una sustancia material del bien jurídico en una realidad previa al Derecho, pero en lugar de verla en el terreno de los intereses sociales, la situaron en el mundo espiritual subjetivo de los valores culturales." (en Derecho Penal, Parte General, Promociones y Publicaciones Universitaria, Barcelos, 1990, pág. 101). El neokantismo, surge como una reacción al positivismo, representando una oposición a la cientificidad y renunciando a la búsqueda de la función garantista liberal del bien jurídico para centrar su atención en el rendimiento teleológico del concepto como un criterio de interpretación. Sobre este tema GIMBERNAT subraya que "el carácter científico de la dogmática penal – en general, de toda la dogmática jurídica – sólo podía fundamentarse dentro de una dirección distinta del naturalismo. Esto es lo que intentó el neokantismo, efectuando una tajante distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu e incluyendo dentro de estas últimas el Derecho." GIMBERNAT, E.: Concepto y método de la ciencia del Derecho penal. Editorial TECNOS. España, 1999, pág. 41.

necesidad de fundamentar racionalmente el poder punitivo del Estado. Este fundamento se busca en la sociología y en particular en las corrientes *funcionalistas*<sup>550</sup>.

En este período, en 1958, MEZGER defiende que “el bien jurídico (objeto de protección, objeto de ataque) no es, como el ya mencionado objeto de la acción, o un objeto concreto del mundo exterior. Es una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido. Los procesos de interpretación teleológica ganan importancia en su teoría<sup>551</sup>. Dice que el “bien jurídico” evidencia, con ello, el valor que posee para el individuo, como su portador directo, y para la sociedad como tal. Por consiguiente, no hay que quedar atados a ideas materialistas o negar una “espiritualización” de este concepto de bien jurídico. Afirma que “del mismo modo, significa desconocer esta importante teoría, investigada muy especialmente por BIRNBAUM en lo que respecta a su utilidad y necesidad, el reprocharle un enfoque “individualista”; en efecto, es fundamental para el bien jurídico de los tipos jurídico-penales, el que no sea solamente un bien del individuo, sino de la sociedad, un “bien del derecho”. Por lo tanto, la suma de todos los bienes jurídicos significa, a la vez, el ordenamiento del derecho en conjunto (WELZEL; 1947, p. 3)<sup>552</sup>.

---

<sup>550</sup>Cfr. MIRAT HERNÁNDEZ, Detenciones ilegales..., op.cit., pág. 115, subraya que en el funcionalismo, la realidad social está conformada por sistemas, constituidos por una interrelación de conductas, que no se pueden entender más que en relación al sistema “son actores individuales los que componen el sistema, que interactúan motivados por expectativas recíprocas. El hombre es un ser social, hueco y vacío por sí mismo, al que sólo la sociedad llena de sustancia. El hombre queda postergado porque el sistema pasa a ser lo fundamental. Función y disfunción son aspectos fundamentales en estas teorías: serán funcionales todas las condiciones que contribuyan al mantenimiento o desarrollo de la sociedad, y disfuncionales todas las conductas que produzcan desintegración, inestabilidad o ineficacia. Se necesita un factor de cohesión que haga funcionar al sistema. Este factor será un código moral compartido por los actores sociales. La recíproca confianza entre los componentes del sistema en el cumplimiento de las mutuas expectativas como factor de estabilización, cuando la sociedad se hace compleja es reemplazado por la confianza en las normas”.

<sup>551</sup> Comentando este aspecto GIMBERNAT subraya: “Un último aspecto sobre el que queremos llamar la atención en referencia a la interpretación teleológica en Derecho penal es que, como ha expuesto MEZGER, es este tipo de interpretación el que permite sacar un considerable fruto del *‘bien jurídico’*. <<La interpretación teleológica>> describe MEZGER [Tratado de Derecho Penal, tomo I, 1955, pág. 139] <<tiene especial relevancia en el ámbito del Derecho penal en lo que concierne a la interpretación de los tipos juridicopenales; el fin de cada uno de ellos se orienta a la protección de un determinado *‘bien jurídico’* cuyo descubrimiento y empleo constituye, en consecuencia, una tarea especialmente importante de la interpretación>>. Y BETTIOL [Diritto penale, Parte Generale, 5ª ed. 1962, pág. 114] escribe: <<Tal solución es ofrecida sólo por una interpretación teleológica de la norma, por una interpretación que se esfuerza en orientar la atención hacia el *‘bien jurídico’* tutelado por la norma y, por tanto, hacia el objeto concreto. El *‘bien jurídico’* es un concepto teleológico, esto es, se identifica con el objeto que el legislador intenta alcanzar.” Así: GIMBERNAT, E.: Concepto y método de la ciencia del Derecho penal. Editorial TECNOS. España, 1999, pág. 87)

<sup>552</sup>Observo que en el pensamiento del WELZEL el bien jurídico asume un contenido trascendente, estando ubicado en un plano superior a la norma.

Pero, con respecto a los distintos tipos, el bien jurídico es, como dice HONIG, una "abreviatura en extremo práctica para el fin que persiguen los diferentes preceptos del derecho penal"<sup>553</sup>. Este autor afirma que "la determinación del bien jurídico no es siempre clara y terminante. A menudo, se ponen de manifiesto en la misma, también, diferencias profundas de pareceres acerca del verdadero fin de una disposición penal, que tienen, por su parte, una amplia influencia sobre la interpretación de la ley."<sup>554</sup> Y concluye el maestro que "de tal manera, el bien jurídico está destinado a circunscribir más exactamente, siempre, la función protectora de cada hecho punible, y por ello se presenta como un medio extraordinariamente valioso e imprescindible para interpretar correctamente la esencia íntima de los preceptos del derecho penal. En virtud del bien jurídico, se reconoce siempre, con claridad y evidencia, cuál es el interés del individuo y de la sociedad protegido por la ley, frente a una situación determinada de relaciones sociales."<sup>555</sup> En resumen, para MEZGER el bien jurídico *"es una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido"*. Así, el bien jurídico depende directamente del legislador y por lo mismo, no puede servir de criterio limitador a su actuar<sup>556</sup>.

Por otro lado, la concepción de bien jurídico como un interés aflora con MAURACH<sup>557</sup> y ZIPF. Considerando que la soberanía reside en el Estado, la función de la pena se encuentra referida en la relación entre éste y el ciudadano. Como afirma SZCZARANSKI VARGAS "en este sentido, siendo el primero un instrumento para beneficiar al segundo -posibilitando el cumplimiento de tareas importantes y complejas-

---

<sup>553</sup> Cfr. MEZGER. Derecho Penal. Libro de estudio. Parte General. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires. 1958, pág. 157.

<sup>554</sup> Cfr. MEZGER, op.cit. pág. 159.

<sup>555</sup> Cfr. MEZGER, op.cit. pág. 159.

<sup>556</sup> Como señala SZCZARANSKI VARGAS "de esta forma, el bien jurídico se corresponde con el objeto de protección de la ley o el objeto de ataque del delincuente, sin que recaiga necesariamente en un objeto concreto del mundo exterior. Por lo mismo, y debido a que el autor distingue claramente entre objeto de acción y objeto de protección, su concepto de bien jurídico es marcadamente espiritualizado, abarcando a los medios y modalidades de la acción -como la tranquilidad doméstica o la seguridad pública- en la medida que la ley los mencione especialmente o que dicha calidad sea posible de deducir en base a una interpretación sistemática". Literalmente, de SZCZARANSKI VARGAS, F.: Sobre la evolución del bien jurídico penal..., op.cit. pág. 360.

<sup>557</sup> En la concepción de MAURACH "el bien jurídico es el núcleo material de toda a norma de conducta y de todo tipo construido sobre ella. La interpretación de la ley penal - y con ella su conocimiento -, sin la directriz que le da la noción del bien jurídico, es simplemente imposible." MAURACH, R.: Derecho Penal. Parte general – t. I. Actualizado por Heinz Zipf. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Henrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Depalma, ISBN R/E 950-508-429-3, año 1994. El original en Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2.ª ed., Munich, Verlag C. F. Müller Karlsruhe, 1958.

resulta imprescindible que el Estado mismo cree "un orden comunitario capaz de conservar su existencia", para poder efectivamente servir al hombre. De ésta forma, la infracción de su orden estructural mediante lesión de sus mandatos debe ser castigada para asegurar la observancia de sus normas elementales de conducta, y con ello mantener la estructura comunitaria”<sup>558</sup>.

Sin embargo, las *dificultades* que se presentaron en los años posteriores de encontrar un sentido para el bien jurídico en los tiempos que se siguieron al posguerra (de manera a ofrecer al legislador penal algún tipo de criterio previo para la formulación de las normas penales, vinculando la actuación legislativa a mínimos establecidos que pudiesen limitar su poder de criminalizar conductas de forma objetiva y clara) han desembocado en crecientes *cuestionamientos* que condujeran a una futura concepción *constitucional* acerca del tema. La fuente primaria de tales criterios ya no residía entonces en los ideales de la *ilustración*. Tampoco se ubicaban en el *Derecho Natural* o en *relaciones intersubjetivas* preexistentes pasando a considerar que el bien jurídico es un *interés* individual o colectivo, que se entiende digno de protección y es seleccionado por la norma según criterios limitativos constitucionales y de finalidad.

El bien jurídico, en este estadio, emerge como un *valor* que limita el contenido de la norma y que tiene *finalidades* útiles para el mantenimiento del propio sistema a la vez que atiende a las necesidades de existencia y desarrollo del individuo, como lo expresa ROXIN en su obra<sup>559</sup>. HEFENDEHL acentúa este punto de vista al mencionar que “Roxin también hace el intento de definir positivamente el concepto de bien jurídico: bajo el concepto de bien jurídico han de comprenderse todas las circunstancias o finalidades necesarias para el libre desarrollo de los individuos, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal basado en esas finalidades.”<sup>560</sup> En este mismo sentido, MUÑOZ CONDE define el bien jurídico como “aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social.”<sup>561</sup>

ROXIN añade que tras la Segunda Guerra Mundial, la ciencia jurídico-penal alemana intentó establecer una delimitación del poder de intervención penal con ayuda

---

<sup>558</sup> Cfr. SZCZARANSKI VARGAS, F.: Sobre la evolución del bien jurídico penal..., op.cit. pág. 382.

<sup>559</sup> Sobre el tema: ROXIN, C.- Derecho Penal. Parte General, op.cit. pág. 54.

<sup>560</sup> Cfr. HEFENDEHL, R.: El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa..., op.cit. pág. 391.

<sup>561</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte General. Editora Tirant lo Blanch. Valencia, 1993, pág. 54.

de la teoría del bien jurídico. La idea fundamental era que el Derecho penal sólo podía proteger bienes jurídicos concretos, y no creencias políticas o morales, doctrinas religiosas, ideologías sobre el mundo o meros sentimientos”<sup>562</sup>. El bien jurídico surge entonces como un factor que indaga sobre la *misión* y los *límites* del Derecho Penal. El legislador define reglas que deben guardar respeto a la *Constitución* (norma fundamental que elige bienes jurídicos dignos de tutela penal y criterio mayor en el Estado Democrático de Derecho). En este sentido HASSEMER formula sus teorías basado en la idea de correspondencia entre el bien jurídico y los valores fundamentales constitucionalmente establecidos y vigentes en determinada sociedad<sup>563</sup> (bien jurídico constitucionalmente referido). Sus apasionadas consideraciones sobre el bien jurídico bajo una perspectiva constitucional y funcionalmente manejable<sup>564</sup>, han sido muy importantes en este campo y han influenciado muchos penalistas<sup>565</sup>.

Destacando el aprecio de HASSEMER por el planteamiento *constitucional* del bien jurídico HEFENDEHL recuerda que este autor “observa íntimas líneas de conexión entre la protección penal de bienes jurídicos y la Constitución. Sostiene que el principio de protección de bienes jurídicos en su variante negativa se ajusta sin fricciones a la tradición constitucional de la prohibición de exceso. Al mismo tiempo acaba una vez más con equívocos populares como aquél que sostiene que de un principio fundamental como el de la protección de bienes jurídicos, se puede derivar de forma deductiva e indubitada todo lo demás, y subraya la importancia del concepto de bien jurídico como concepto de futuro.”<sup>566</sup>

A su vez, como recuerda ROXIN “la idea de protección de bienes jurídicos como instrumento de limitación de la intervención jurídico-penal también ha encontrado

---

<sup>562</sup>Cfr. ROXIN, ¿Es la protección de los bienes jurídicos..., op.cit. pág. 444.

<sup>563</sup> Cfr. HASSEMER, W.: en su clásica obra “Fundamentos del Derecho Penal”, Editora Bosch, Barcelona, año 1984.

<sup>564</sup>Comentando esta postura acerca del bien jurídico SZCZARANSKI VARGAS afirma que “en la obra de Hassemer y Muñoz Conde se defiende una concepción unitaria del bien jurídico centrada en la persona. Para los autores, quienes consideran que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico corresponde a un elemento central en la determinación del merecimiento de pena, una prohibición o mandato penal se justifica únicamente cuando protege un interés calificable como bien jurídico penal. Muñoz Conde y Hassemer se declaran partidarios de una teoría monista personalista, conforme a la cual se funcionalizan los intereses generales, derivándose los derechos sociales desde la persona, de forma tal que los bienes de la comunidad se reconocen sólo si son a la vez intereses del individuo, agregando que sólo de esa manera se puede legitimar la acción del Estado desde el individuo.” (en “Sobre la evolución del bien jurídico penal...”, op.cit. 379).

<sup>565</sup> Sobre sus últimos trabajos se destaca en este campo: HASSEMER y NEUMANN, en KINDHÁUSER, NEUMANN y PAEFFGEN (eds.), Nomos Kommentar zum StGB, 2.a ed., edición del año 2005 (§ 1, núm. 108 y ss.).

<sup>566</sup>Cfr. HEFENDEHL, R.: El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa..., op.cit. pág. 393.



comprometidos defensores. HASSEMER, protagonista desde hace más de treinta años del por el llamado concepto «crítico» [*system-kritisch*] de bien jurídico y en la actualidad vicepresidente del Tribunal Constitucional alemán, ha afirmado recientemente que «la prohibición bajo amenaza de pena de una conducta que no pueda vincularse con un bien jurídico constituiría terror estatal [...] la limitación de la esfera de libertad no tendría ningún elemento legitimador del que pudiera extraerse su sentido»<sup>567</sup>.

Esta visión del Derecho Penal “a través de un *Derecho constitucionalmente fundado*” que se basa en la contingencia historia que desde siempre agita a la ciencia jurídico penal de la modernidad sobre la naturaleza del bien jurídico, y fue bien conocida de Alessandro BARATTA<sup>568</sup> para quien los bienes jurídicos no son en realidad creados o expresados por el Derecho Penal sino por la propia *Constitución*<sup>569</sup>.

Las *teorías constitucionales* han posibilitado la construcción de criterios para la producción normativa por parte del legislador ordinario, lo que en el campo penal exige que la regla penal esté de acuerdo con la Constitución, y limitada por pilares muy bien definidos previamente a la creación de la norma. La norma constitucional representa una hoja de ruta, un programa, y es también el límite del actuar legislativo, lo que desemboca en una limitación importante a la intervención penal. En este sentido, el concepto de bien jurídico se basa en el discurso constitucional, y de este referente no se puede apartar.

Incidentalmente, esta concepción de bien jurídico tiene en cuenta la fuerza que posee la sociedad en amoldar lo que se considera permitido y prohibido de tal suerte que el contenido del concepto de bien jurídico pasa a asumir un carácter cambiante, abierto, mutante, y conforme a la evolución de la propia sociedad, concluyendo en la admisión

---

<sup>567</sup>Cfr. ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ..., op.cit. pág. 457.

<sup>568</sup>En los años sesenta Alessandro Baratta dedica especial atención a la teoría del delito como ofensa al bien jurídico. Así: BARATTA, A.: Positivism giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teorici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933, Milano, Ed. Giuffrè, 1966. También: BARATTA, A.: Criminología crítica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito 'Il codice Rocco cinquant'anni dopo' e risposta a Marinucci. La Questione Criminale, III, 1981, pág. 358).sobre la obra de BARATTA en el ámbito del bien jurídico véase AGUIRRE, E.: Baratta y el bien jurídico. SERTA - In memoriam Alessandri Baratta. Ediciones Universidad de Salamanca. Ejemplar 138. Fernando Pérez Álvarez Ed. - 1ª edición mayo de 2004.

<sup>569</sup> Cfr. BARATTA, A.: Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal. Lineamientos de una teoría del bien jurídico. En 'Revista brasileña de ciencias criminales', nº 5 enero-marzo de 1994, pág. 17.

de procesos de descriminalización de conductas, o procesos de inclusión de nuevos comportamientos en la norma penal.

El nacimiento de nuevos bienes jurídicos, principalmente en la segunda mitad del siglo XX, proporciona nuevas realidades y desafíos al Derecho Penal. En este momento histórico el medio ambiente, la economía mundial globalizada, la genética, informática, y avances científicos sin parangón hasta entonces, han ampliado de forma sustancial el espectro de ámbitos de protección jurídica, enlazando diferentes ramas del Derecho en una hipertrofia cuyos efectos se hacen sentir en la actualidad. Este punto de inflexión en la teoría del bien jurídico interesa especialmente a los días que corren dada la onda expansionista que vive el Derecho Penal, especialmente en el ámbito del Derecho Penal Económico y del combate al terrorismo y su financiación.

Paralelamente, el pensamiento sistémico de LUHMANN emerge en Alemania en el inicio de la década de los sesenta,<sup>570</sup> representando un componente también importante para la teoría de bien jurídico en razón de la influencia que su reflexión ha tenido sobre el Derecho. Como afirma Guillermo PORTILLA CONTRERAS al analizar la influencia de las ciencias sociales sobre el Derecho Penal, resalta los planteamientos de LUHMANN, que encaran la sociedad como un sistema de interacciones en el que la determinación del bien jurídico depende de la funcionalidad o disfuncionalidad del hecho respecto al desarrollo normal de los grupos sociales. Afirma que “la base teórica no es otra que la teoría *funcionalista*, cuyo pretendido carácter neutral no impide su contribución al desarrollo de un proceso conservador de legitimación que, aplicado al concepto de bien jurídico, significa que el interés jurídico adquiere la condición de bien jurídico penal condicionado a su valoración social, puesto que en la teoría sistémica apenas importa la naturaleza del objeto y sí, por contra, la estructura de dependencia existente entre el sistema social y sus subsistemas”<sup>571</sup>.

Como explica MIRAT HERNÁNDEZ<sup>572</sup>, la concepción de LUHMANN proyecta la teoría funcionalista en el Derecho. De tal modo, una transgresión del Derecho es intolerable para la teoría sistémica, no sólo porque defrauda las expectativas

---

<sup>570</sup> En 1964 publica su famoso libro sobre la teoría de los sistemas -"Funktionen und Folgen formaler Organisation".

<sup>571</sup> Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G.: "La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal". En: Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo. Coordinadores Luis Arroyo Zapatero, Ulfried Neumann y Adán Nieto Martín. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, ISBN 84-8427-259-1. Colección Estudios nº 91. 1ª edición. pág. 102.

<sup>572</sup> Cfr. MIRAT HERNÁNDEZ, P.: Detenciones ilegales..., op.cit., pág. 116.

de otro, sino porque cuestiona la confianza en el Derecho como institución orientadora y estabilizadora del orden social (cuando ya no es posible la confianza personal en el cumplimiento de las expectativas porque las relaciones en la sociedad se hacen más complejas, el Derecho reemplaza la confianza personal por la confianza institucional).

A esta altura es importante puntualizar que en el campo del Derecho Penal JAKOBS se adhiere a esta concepción funcionalista. Para este autor “el derecho penal no sirve para la *protección genérica de bienes* que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecerán en la óptica del derecho, y serán *bienes jurídicos*.”<sup>573</sup> Las interrelaciones personales en sociedad configuran el Derecho Penal como un instrumento destinado a impedir que el individuo ataque a otro, y no constituye su función esencial la protección de bienes jurídicos. En este sentido JAKOBS afirma de manera tajante: “*El derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos*.”<sup>574</sup> En su modelo penal, como subraya MIRAT HERNÁNDEZ, con la pena se trata de asegurar, exclusivamente, la vigencia de la norma, necesaria para el mantenimiento del orden social. La pena tiene como fin la prevención general positiva que pretende tres efectos: ejercitar la confianza en la norma, en la finalidad del Derecho y en la aceptación de las consecuencias. Se trata de asegurar la vigencia de la norma, necesaria para el mantenimiento del orden social. El concepto de bien jurídico como núcleo del injusto o como límite al *ius puniendi* del Estado es despreciado y se pone en duda su capacidad para realizar aportes significativos al desarrollo del Derecho penal. Lo importante, para el Derecho penal, es garantizar la vigencia de la norma, sin más cuestionamientos. «No se plantea la legitimación material del Derecho penal. El hombre deja de ser el eje del Derecho y pasa a estar inmerso y subordinado al sistema y bajo un Derecho penal sin límites político-criminales». JAKOBS entiende que el bien jurídico como objeto de protección de una norma debe ser reemplazado por la vigencia de la norma misma, como bien del Derecho penal<sup>575</sup>.

Comentando el pensamiento de JAKOBS en relación al bien jurídico ROXIN ha afirmado que su teoría “entiende que la finalidad del Derecho penal no es la protección

---

<sup>573</sup> Cfr. JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, Libro homenaje. El funcionalismo en el Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 41.

<sup>574</sup> Cfr. JAKOBS, op.cit. pág. 43.

<sup>575</sup> Así lo dice MIRAT HERNÁNDEZ, P.: Detenciones ilegales..., op.cit., pág. 116.

de bienes jurídicos, sino la confirmación de la vigencia de la norma. El hecho delictivo sería una desautorización de la norma por parte del autor, y la pena significaría «que la pretensión del autor no es válida y la norma. Para JAKOBS, el Derecho penal no tiene como fin la protección de bienes jurídicos, sino impedir la pérdida de vigencia de la norma: «Desde esta perspectiva, "la ejecución de la pena supone siempre el cumplimiento de su fin. Se confirma la constitución de la sociedad». Se trata de una teoría de la sociedad cuyo parecido con la teoría de la pena de Hegel (la pena como «negación de la negación del Derecho») salta a la vista. Sin embargo, no comparto este enfoque. En mi opinión, el sistema social no debe ser conservado en su propio beneficio, sino en beneficio de las personas que viven en tal sociedad. Y aunque ello no fuera así, el Estado no se podría conservar mediante imputaciones de sentido, sino por la eficacia real de sus medidas de dirección de conductas, entre las que se encuentran la amenaza y la ejecución de la pena»<sup>576</sup>. Al analizar el pensamiento de JAKOBS bajo una perspectiva crítica, HEFENDEHL afirma que en sus últimos trabajos este autor “acentúa una vez más su teoría preferida, según la cual el Derecho penal garantiza la *vigencia de la norma*, no la protección de bienes jurídicos. Su intento de desacreditar este último principio, sin embargo, no cala muy hondo.” No obstante, relativiza esta crítica al reconocer que el pensamiento de JAKOBS no es de todo rechazable pues “por supuesto, es correcta la referencia a que el Derecho penal en absoluto garantiza la existencia de los bienes y que sólo se trata de que las personas no ataquen esos bienes. Y naturalmente, por supuesto, que hay construcciones jurídicas, como la paz pública o la seguridad, que, en un análisis detallado, se hunden, o sea, que no son otra cosa que bienes jurídicos aparentes.”<sup>577</sup>

Por consiguiente, pienso que el Derecho Penal solo tiene sentido si pone en el centro de todo al propio hombre porque la protección de las instituciones solo puede ser entendida en función de la protección de la propia persona humana. En conformidad con un amplio sector de la doctrina, creo que la pena tiene que ser concebida como un instrumento orientado al fin de protección de bienes jurídicos, pero es rechazable toda concepción que vea la substancia del delito en la infracción de un deber de lealtad al

---

<sup>576</sup>Cfr. ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ..., op.cit. pág. 457.

<sup>577</sup>Cfr. HEFENDEHL, R.: El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa..., op.cit. pág. 393.

Estado<sup>578</sup>. Siendo así, la concepción de JAKOBS acerca del bien jurídico no es aquí compartida, pues, bajo nuestro modesto punto de vista, conduce a un aislamiento del individuo, reduciendo la proyección del hombre al mismo tiempo en que puede conducir (en situaciones extremas, principalmente en Estados que no dispongan de alto grado de desarrollo normativo e institucional) a situaciones de imprevisible y peligroso predominio del Estado sobre el individuo<sup>579</sup>.

Es necesario también hacer referencia a algunos aspectos de la dogmática penal alemana acerca del bien jurídico. Describiendo el estado de la cuestión en Alemania, ROXIN afirma que el tema del bien jurídico ha proporcionado un intenso debate en las últimas décadas en este país<sup>580</sup>. Es cierto que bien jurídico representa un tema fundamental en la actualidad especialmente en aquellos países en los que dicha reflexión se encuentra enormemente influenciada por la doctrina en lengua alemana.

A propósito de las investigaciones de HIRSCH, especialmente en el ámbito del bien jurídico, ROXIN afirma que este autor entiende que el concepto de bien jurídico

---

<sup>578</sup> Como afirma GRACÍA MARTÍN – la función de protección de bienes jurídicos que se pretende asignar a la pena puede ser una de carácter sólo secundario, en el sentido de que sólo puede ser operativa ex post. En este sentido, sin embargo, la posible eficacia de la pena en relación con la protección de bienes jurídicos se agota en su función de ejemplaridad, que a mi juicio sólo puede cumplir si la misma es proporcionada a la gravedad del delito, pues sólo una pena proporcionada se muestra apta para contribuir a la creación o al robustecimiento en los ciudadanos de una actitud (legal) de fidelidad al Derecho. No obstante, ha de insistirse en que la pena no es el instrumento primario de creación o robustecimiento de esta actitud legal de fidelidad al Derecho, pues la interiorización de los valores ético-sociales tiene lugar antes que nada por medio de otras instancias o agencias de socialización como la familia y el sistema educativo.” Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: “Fundamentos de Dogmática Penal”. Editorial IDEMSA, Lima, Perú, 2005, pág. 414.

<sup>579</sup> MIRAT HERNÁNDEZ afirma que “el sistema social es, antes que nada, relaciones entre personas; no es, como propugna el funcionalismo sistémico, simplemente reglas de comportamiento, creencias y valores que pueden conducir a un sometimiento de las personas a esas normas y reglas de conducta. El bien jurídico es un producto social y, por lo tanto, un resultante histórico que surge de un sistema concreto de relaciones sociales en un período determinado. En un Estado democrático debe surgir de la dinámica de participación de la base social en el proceso político, y son relaciones concretas protegidas por la norma penal. La determinación de los objetos a proteger implica una decisión política del Estado, pero se debe tener como eje al individuo, la libertad y la dignidad de las personas, antes que la conservación y el funcionamiento del sistema. El hombre es el fin dentro del proceso social y el Derecho penal debe servir para la exclusiva protección de bienes jurídicos, reconociendo al hombre como titular de la libertad y la dignidad.” Cfr. MIRAT HERNÁNDEZ, Detenciones ilegales..., op.cit., pág. 121.

<sup>580</sup> En este sentido ROXIN en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ...op.cit. pág. 458. A propósito, sobre el estado de la cuestión en la doctrina de Alemania, el autor afirma que “en mi opinión los libros más importantes sobre la teoría del bien jurídico, muy distintos entre sí tanto desde el punto de vista material como por su tendencia, son: Jäger, Herbert - Strafrechtsdogmatik und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten: eine kriminalsoziologische Untersuchung Stuttgart, Enke Verlag, 1957; Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”, 1962; Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; Marx, Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”, 1972; Hassemmer, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002; y Hefendehl, Hirsch, Wohlers, Die Rechtsgutstheorie, 2003.”

como entidad preexistente a la labor del legislador no existe («el concepto de bien jurídico no ofrece un enfoque apto para la limitación inmanente del Derecho penal»)<sup>581</sup>. ROXIN afirma que “HIRSCH no niega que sea posible inferir el concepto de bien jurídico personal del contrato social, pero entiende que éste no vincula al legislador. En el caso de los bienes jurídicos individuales <<tampoco está indicada la protección total, por ejemplo contra el uso transitorio de la propiedad ajena>>. Sin embargo, la existencia de la lesión de un bien jurídico, como ocurre en el hurto de uso, sólo dice que la penalización de la conducta es posible, no que sea obligatoria. Junto al principio de protección de bienes jurídicos y con igual rango está el principio de subsidiariedad, conforme al que sólo puede amenazarse con una pena cuando no .baste con medidas más suaves de carácter civil o administrativo, o con otras medidas de política social. Como siempre he mantenido, el Derecho penal protege los bienes jurídicos de forma secundaria. Pero ello no resta significado al concepto de bien jurídico, como quizás hayan logrado mostrar mis reflexiones. Además, HIRSCH piensa que del concepto de bien jurídico «tan sólo se desprendería qué es jurídicamente relevante y qué no, y esto no es un problema específico del Derecho penal». Sin embargo, sin duda es un problema penal determinar si hay que derogar o introducir una prohibición penal en los casos en los que no hay lesión de un bien jurídico, y ello no cambia por el hecho de que de tal circunstancia también se desprenda la cuestión de la legitimidad de la intervención para otras ramas del ordenamiento. En mi opinión, el hecho de que no exista una lesión de bienes jurídicos tampoco impide terminantemente que los estándares culturales comúnmente admitidos de ciertos países puedan ser protegidos mediante el Derecho administrativo”.

Con respecto a las investigaciones de STRATENWERTH, bajo la perspectiva de la *complejidad* del concepto, ROXIN ha subrayado que “STRATENWERTH remite a las múltiples y diversas definiciones de bien jurídico existentes en la literatura y de ahí concluye que «conseguir una completa definición material del bien jurídico» se parece a lograr «la cuadratura del círculo»; o sea: es imposible. Yendo más allá, defiende la opinión de que la razón por la que se crea un tipo no es la protección de bienes jurídicos, sino lo indeseable de la conducta. Debería «reconocerse que lo decisivo a la hora de querer mantener una norma o, en sentido contrario, de no querer en absoluto

---

<sup>581</sup>Cfr. ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ...”, op.cit. pág. 445.

que se dé una conducta, es la posición de la sociedad reconocida por el Parlamento». STRATENWERTH no rechaza completamente el concepto de bien jurídico, aunque piensa que encontrar una definición aceptable de éste es una tarea «irrealizable». Por el contrario, entiendo que la descripción ofrecida en esta conferencia ofrece una base sobre la cual poder trabajar, aun cuando pueda necesitar ser mejorada. Además de ello, STRATENWERTH entiende que hay que proteger penalmente «tabúes culturales» y «algunas normas de conducta elementales», aun cuando su infracción no suponga lesión de bien jurídico alguno.<sup>582</sup> En su última contribución sobre el tema, STRATENWERTH ha radicalizado su posición, admitiendo la suficiencia de consenso social en torno a «no querer algo» como base de la tipificación penal. De este modo, se renuncia por completo al potencial crítico del principio de protección de bienes jurídicos»<sup>583</sup>.

Entre los otros autores consagrados de Alemania pienso que la solidez del pensamiento de JESCHECK ha asentado algunos fundamentos muy importantes que representan referenciales imprescindibles para la construcción conceptual del bien jurídico dentro de un marco de objetividad.<sup>584</sup> En pocas palabras, el Profesor JESCHECK<sup>585</sup> afirma que *“los bienes jurídicos son intereses vitales de la comunidad a los que el Derecho penal otorga su protección. Protección a través del Derecho penal significa que mediante normas jurídicas se prohíben con amenaza de pena las acciones idóneas para menoscabar de modo particularmente peligroso los intereses vitales de la comunidad”*.<sup>586</sup> Y concluye que *“el bien jurídico ha de entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social, en cuyo mantenimiento la comunidad tiene un interés, y que puede atribuirse, como titular, a la persona individual o a la colectividad. Además, el bien jurídico es, como categoría puramente*

---

<sup>582</sup>Cfr. ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ..., op.cit. pág. 455.

<sup>583</sup>Cfr. ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ..., op.cit. pág. 456.

<sup>584</sup> La obra del Profesor JESCHECK ha sido muy influyente en España. Su Tratado de Derecho Penal representa una síntesis de su pensamiento. Autores como MUÑOZ CONDE y MIR PUIG se han dedicado a traducir su obra, así como otros penalistas han encontrado en Friburgo, especialmente en la biblioteca del Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e internacional (donde se podía convivir con este Maestro) una fuente de informaciones y reflexiones. Hago esta nota en agradecimiento a su amabilidad en los años 90, ocasión en que he tenido el privilegio de convivir con este admirado Profesor.

<sup>585</sup> Cfr. JESCHECK, H.H.: Tratado de Derecho Penal, Parte General. Cuarta edición. Editorial Comares – Granada. 1993. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego.

<sup>586</sup>Cfr. JESCHECK, H.H.: Tratado de Derecho Penal..., op.cit., pág. 232.

*formal, el género de todos los objetos individuales incluidos en la finalidad protectora de la norma*”<sup>587</sup>.

JESSCHECK, al igual que los demás autores, también destaca que el bien jurídico debe cumplir diversas *funciones* en el Derecho penal<sup>588</sup>, entre ellas proporcionar orientación a los tipos penales en la definición de su ámbito de protección, de suerte que “como piedra maestra de la estructura de los tipos, el bien jurídico es, además, el *decisivo criterio de clasificación* para la agrupación de los tipos”.<sup>589</sup>

A su vez - en Italia – FERRAJOLI ha aportado consideraciones en el campo de la *racionalidad* y de la *limitación* del Derecho Penal, argumentando ser imprescindible la *lesividad* a un bien jurídico para que se pueda justificar la incidencia de la norma penal, más allá de meros intereses *funcionalistas* o utilitarios. Son suyas estas escuetas pero exactas palabras sobre el tema: “desde hace algunos años asistimos, en Italia, Alemania y España, a un nuevo despertar de intereses y reflexiones teóricas y empíricas por parte de penalistas, sociólogos y filósofos del Derecho, acerca del problema del *bien jurídico*. En torno a este problema viene a la vez tematizada la función -utilitaria y garantista- del Derecho Penal como técnica de tutela de los ciudadanos contra la ofensa de derechos subjetivos e intereses fundamentales, sea individuales o colectivos. La idea del *bien jurídico* que se remite al principio de la ofensividad de los delitos como condición necesaria de la justificación, de las prohibiciones penales, se configura como límite axiológico externo (con referencia a bienes considerados políticamente primarios) o interno (con referencia a bienes estimados, constitucionalmente protegidos) del Derecho Penal. Por otra parte las políticas del Derecho Penal parecen orientarse hoy en sentido diametralmente opuesto. En efecto, prosigue la expansión incontrolada de la intervención penal que parece haber llegado a ser, al menos en Italia, el principal instrumento de regulación jurídica y de control social, aunque sólo sea por la total ineficiencia de los otros tipos de sanciones: civiles, administrativas, disciplinarias, políticas. Desde las pequeñas infracciones contravencionales hasta las variadas formas

---

<sup>587</sup>Cfr. JESCHECK, H.H.: Tratado de Derecho Penal..., op.cit., pág. 233.

<sup>588</sup>Sobre las funciones que puede desempeñar el concepto de bien jurídico CEVALLOS Y TORRES (Blanqueo de capitales ..., op.cit. pág. 57) resalta "el reconocimiento del concepto de bien jurídico como base de argumentación, da al sistema jurídico el instrumento que permite su adecuada interpretación, así el valor específico del bien jurídico consiste en que aporta el elemento necesario a todos los niveles relevantes de argumentación jurídico-penal, esto es: a) en su interpretación y como referente del principio de proporcionalidad; b) en su determinación y vinculación con otras ramas del Derecho; c) en el desarrollo de la política criminal; y d) en el control por su adecuación a la Constitución."

<sup>589</sup>Cfr. JESCHECK, H.H.: Tratado de Derecho Penal..., op.cit., pág. 234.



de ilícitos en materia monetaria y comercial, desde la tutela del ambiente y de otros intereses colectivos hasta la represión de las desviaciones políticas y administrativas de los poderes públicos, cada vez más la sanción penal aparece como la única forma de sanción y la única técnica de responsabilización dotada de eficacia y de efectividad. De ahí ha resultado tal inflación de los intereses penalmente protegidos, que se ha perdido toda consistencia conceptual de la figura del bien jurídico. Esta distancia entre las aspiraciones teóricas de la cultura penalista de inspiración garantista y las tendencias prácticas de los sistemas penales, exige que el problema del bien jurídico, que es el problema de los fines del Derecho Penal, sea repensado y analizado en los distintos niveles (axiológico, jurídico-positivo y sociológico) de la reflexión penal. Empecemos diciendo que bien jurídico es una palabra densamente valorativa. Decir que un determinado objeto o interés es un *bien jurídico*, equivale a expresar sobre él un juicio de valor; decir que es un *bien jurídico penal*, equivale a expresar un juicio de valor penal, es decir una justificación de su tutela mediante prohibiciones y puciones de su infracción<sup>590</sup>. En este sentido, dentro del racionalismo, FERRAJOLI resalta el significado axiológico de "límite" o "garantía" del concepto de bien jurídico: "un objeto debe ser un *bien jurídico* porque su tutela penal está justificada"<sup>591</sup>.

Por otro lado, fueron fundamentales las aportaciones de Enrique GIMBERNAT, que en el sentido de que la finalidad de la pena se encuentra en la protección de intereses. En su concepción el bien jurídico es encarado como un interés que, por constituir un derecho subjetivo o por ser socialmente legítimo, es valorado positivamente por el ordenamiento. Dentro de su pensamiento la intervención del Derecho Penal debe de ser en última instancia y solo incidir sobre bienes de máxima importancia y expresión. De cierto modo GIMBERNAT explica el principio de *ultima ratio* en referencia al poder inhibitorio de la amenaza de la pena, de suerte que tan solo estarían necesitadas de tipificación penal aquellas conductas a las que no se puede hacérseles frente con otras sanciones. En este sentido, el legislador sólo puede recurrir a la pena para castigar aquellas acciones cuya ejecución perturbaría de un modo considerable la paz social. De ahí que por la gravedad de tales acciones sería preciso

---

<sup>590</sup> Cfr. FERRAJOLI, L.: Derecho Penal Mínimo y bienes jurídicos fundamentales (accesible en [http://juareztavares.com/textos/ferrajoli\\_bens\\_minimo.pdf](http://juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf)).

<sup>591</sup> FERRAJOLI propone una serie de indagaciones sobre cuáles son los ámbitos de operatividad de tal concepto y, en relación con ello, los parámetros de legitimación jurídica y política de las normas penales, concluyendo que para responder estas preguntas conviene saber si deben existir bienes para justificar moral y políticamente las prohibiciones penales, si existe el vínculo normativo del daño a ciertos bienes a legitimizar constitucionalmente las leyes penales, y cuáles otros bienes quedan fuera del ordenamiento.

recurrir a la amenaza de la pena en virtud de la elevada fuerza inhibitoria de ésta. De esta forma GIMBERNAT destaca la gravedad del hecho como criterio de tipificación penal<sup>592</sup>. Otra característica de su pensamiento es que todo bien jurídico merece ser considerado frente a otros bienes de forma concreta y en función de un criterio constitucional de preponderancia, a fin de saber cuál interés es el predominante dentro del contexto existente en cierta cultura social<sup>593</sup>. El interés humano como supuesto del bien jurídico debe ser entendido como una abstracción que parte de valores pero que debe encontrar un sentido material conforme sean las situaciones sociales concretas. Además, la idea de bien jurídico conecta con la interpretación teleológica de la norma una vez que “como ha puesto de relieve MEZGER, es este tipo de interpretación el que permite sacar un considerable fruto del bien jurídico”. Y enlaza con la efectiva necesidad de lesión al afirmar que “la consecuencia más importante del criterio interpretativo del bien jurídico es la de que una conducta que cumpla el supuesto del hecho legal será atípica, a pesar de ello, si no lesiona el bien jurídico protegido.”<sup>594</sup>

Paralelamente, otras teorías de perfil *sociológico* del bien jurídico se han planteado el Derecho Penal. En este sentido se han formulado consideraciones en el contexto global del Estado social y democrático de Derecho basándose en que el bien jurídico no es un fenómeno puramente normativo, sino que de él se deben derivar las directrices para una política criminal racional. Para los seguidores de estas teorías, el Derecho penal está destinado al tratamiento de conflictos sociales y es entendido como una estructura dialogante.

Para las *teorías sociológicas* el sentido dado por la sociedad a los valores y al pensamiento colectivo representa un límite que debe ser respetado por el legislador en el momento de la formulación de la norma penal. Los componentes derivados del pensamiento colectivo tienen especial significancia en este proceso, y varían de acuerdo con el contexto cultural de determinada sociedad en cierto momento histórico. En este sentido, los bienes jurídicos son el retrato de valores sociales, de tendencias y querencias que merecen tutela penal conforme quiera la sociedad. La realidad gana

---

<sup>592</sup> Así en GRACIA MARTÍN, L.: “Fundamentos de Dogmática Penal”, op.cit., pág. 413.

<sup>593</sup> Sobre su pensamiento véase “Concepto y método de la ciencia del derecho penal”. Madrid. Editorial Tecnos. 1999.

<sup>594</sup> Cfr. GIMBERNAT, E.: Concepto y método de la ciencia del Derecho penal. Editorial TECNOS. España, 1999, pág. 88.

importancia, pues es una pauta fáctica que necesita ser fielmente valorada por el legislador.

En estas teorías autores como CALLIES, MIR PUIG y, de cierto modo, HASSEMER, han buscado inspiración para construir sus respectivos modelos. Como describe MIRAT HERNÁNDEZ, estos autores “al contrario que los funcionalistas puros, rechazan la sola protección del sistema, que no tiene en cuenta a los individuos que lo integran, y plantean la necesidad de que el concepto de bien jurídico se coloque en el campo de tensión entre el individuo, la sociedad y el Estado, recordando que son los intereses humanos los que requieren protección penal.”<sup>595</sup> Esta autora destaca que CALLIES (que dentro de las corrientes funcionalistas, inserta la teoría del bien jurídico en el contexto del Estado social y democrático de Derecho) entiende que la protección de bienes jurídicos significa la protección de las posibilidades de participación de la sociedad, y en consecuencia el delito será el comportamiento que impide las posibilidades de participación y remoción de obstáculos, impidiendo la participación (la participación del individuo en la sociedad es la base del sistema democrático y el Derecho penal debe ser programado para la exclusiva protección de bienes jurídicos). Esta visión de mundo es compartida por Mir Puig, “quien destaca la necesidad de que el bien jurídico sea el portador de la función social del Derecho penal y, con ello, que su eje sea el individuo y su libertad como sujeto y objeto concretamente protegidos, en la protección de la estructura social”<sup>596</sup>. Este autor señala que los bienes jurídicos no son valores materiales ni espirituales, sino que son posibilidades de participación en los sistemas sociales, y es lo que la ley penal protege. Así “el Derecho penal protege la seguridad de las expectativas de participación, la confianza en el funcionamiento del sistema. El presupuesto político necesario del bien jurídico es el Estado democrático al servicio del ciudadano”<sup>597</sup>.

En sentido semejante Ignacio BERDUGO sostiene que el bien jurídico abarca la creación de “las condiciones empíricamente necesarias para el funcionamiento del sistema y que han de traducirse en *concretas posibilidades de participación del*

---

<sup>595</sup> Cfr. MIRAT HERNÁNDEZ, P.: Detenciones ilegales..., op.cit., pág. 117.

<sup>596</sup> Cfr. MIRAT HERNÁNDEZ, P.: Detenciones ilegales..., op.cit. pág. 117.

<sup>597</sup> Cfr. MIR PUIG, S.: Introducción a las bases del Derecho Penal, Ed. Bosh, Barcelona, 1976, pag. 140 y ss.

*individuo en los procesos de interacción y comunicación social*”<sup>598</sup>, aspecto también abordado por TERRADILLOS BASOCO en sus específicas investigaciones sobre el bien jurídico<sup>599</sup>. Sobre este aspecto, por su vez, ROXIN ha afirmado que “en un Estado democrático de Derecho, que es el modelo de Estado que tomo por base, las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos. Así pues, y en la medida en que esto no pueda conseguirse de forma más grata, el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para tal coexistencia (como la protección de la vida y la integridad física, de la libertad de actuación, de la propiedad, etc.), sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin”<sup>600</sup>. Por otro lado, en este contexto, hay que recordar que esta concepción social es *variable* y está sujeta a los cambios sociales y culturales. Como afirma Rafael ALCÁCER las distintas concepciones del bien jurídico y de las funciones que el Derecho Penal puede asumir, varía conforme el diseño del propio ordenamiento jurídico, pues “la noción de delito puede ser abarcada desde muy diversas perspectivas”<sup>601</sup>.

En este sentido ROXIN ha afirmado que “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su *libre desarrollo* en el marco de

---

<sup>598</sup>Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: El delito de lesiones. Ediciones de la Universidad Salamanca. ISBN – 84-7481-191-0, pág. 69, año 1982.

<sup>599</sup>Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal”: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1981, págs. 123 a 149.

<sup>600</sup>Cfr. ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ...”, op.cit. pág. 448.

<sup>601</sup>Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito, Ed. Atelier, Barcelona, 2003, p.p. 122-123. Del mismo autor, y de forma más amplia, véase: Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. En esta obra, el autor así se expresa: “El fin preventivo del Derecho Penal –además del fin garantístico de protección del ciudadano frente a la violencia estatal– radica primordialmente en la protección de bienes jurídicos, y sólo secundariamente en la protección de la vigencia de la norma; fines íntimamente vinculados funcionalmente, si bien no completamente recíprocos. Así, el fin de aseguramiento de expectativas operaría como un fin en sí mismo, si bien de segundo orden, pero también como un medio –dado su fomento de respeto de las normas– para la consecución del fin prioritario de la protección de bienes jurídicos. Por lo demás, dado que la finalidad prioritaria es la evitación de acciones lesivas, ello implica que el peso teleológico vendrá dado por el primer momento preventivo, realizado a través de la norma de conducta, cuyo fin radica, por un lado, en la prevención de conductas lesivas para los intereses de los ciudadanos a través de la motivación basada en el reconocimiento de la validez valorativa de la misma, motivación que vendrá apoyada, además, en la conminación disuasoria producida por la amenaza de pena; y, por otro, y como consecuencia de dicha motivación, en el aseguramiento de la expectativa normativa. Por su parte, el momento represivo de la sanción impuesta tenderá al fin secundario –si bien imprescindible– de ratificar la pretensión de respeto de la norma, reafirmando simbólicamente la corrección normativa de la misma, y a fin de conformar la seriedad de la amenaza; sólo con los cuales podrá realizar el otro fin que persigue, el de la confirmación de la vigencia de la norma”.

un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”<sup>602</sup>, y concluye “Así pues, y en la medida en que esto no pueda conseguirse de forma más grata, el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para tal coexistencia (como la protección de la vida y la integridad física, de la libertad de actuación, de la propiedad, etc.), sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin (una Administración de justicia que funcione, unos sistemas fiscales y monetarios intactos, una Administración sin corrupción, etc.)”<sup>603</sup>.

Por otro lado, es importante tener en mente que la *evolución* del Derecho Penal ha seguido en gran parte el desarrollo de la consciencia de las *libertades individuales* y su independencia frente al poder del *Estado*. Las importantes conquistas de la Ilustración representan, en gran medida, un tesoro que el propio Derecho Penal viene preservando a lo largo de los siglos hasta la actualidad. En la base de este proceso se asienta la noción de bien jurídico como una de las piedras fundamentales sobre la cuales se ha construido el sistema normativo que garantiza cierta limitación del poder estatal sobre el individuo y por otro lado atribuye coherencia al sistema punitivo, que ha dejado de ser ejercido de forma absoluta por el Estado y se encuentra sujeto a normas jurídicas basadas en la Constitución. La Constitución por su base democrática tiene fundamental influencia sobre el Derecho Penal, de tal suerte que no es extraño que el estudio del bien jurídico conlleve consideraciones de base *constitucional*. Las normas constitucionales orientan el ordenamiento jurídico-penal por referirse a principios, aspiraciones y valores sociales que son componentes del moderno concepto de bien jurídico. Por consiguiente, parte de la doctrina encuentra en las *normas constitucionales* el fundamento para los límites del *ius puniendi* de forma que el contenido material del *bien jurídico* viene predeterminado por valores fundamentales establecidos por la Constitución. La norma constitucional sirve de condicionante de la actividad legislativa, que encuentra en las reglas constitucionales valores que disfrutan de un status tan solo alcanzable por el legislador constitucional. De esta manera, la limitación del poder punitivo del Estado no está en manos del legislador infraconstitucional, ordinario, sino es una materia que debe de ser establecida en la norma fundamental. La relación entre el poder constitutivo (que

---

<sup>602</sup>Cfr. ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ...”, op.cit. pág. 446.

<sup>603</sup>Cfr. ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ...”, op.cit. pág. 447.

produce la Constitución) y el poder constituido (del legislador ordinario) no es horizontal sino vertical. La definición de lo que es ilícito reposa en última instancia en el texto de la Constitución, desarrollada por el legislador ordinario por medio de un proceso que está de acuerdo con el espíritu constitucional. El delito es la vulneración de un valor constitucionalmente reconocido. El texto constitucional es un punto de referencia necesario para la definición del contenido de aquello que debe ser encarado como ilícito a los ojos de la ley penal. Por otro lado, la norma constitucional fundamenta el bien jurídico penal en el ángulo jurídico y en el político. Jurídicamente la Constitución es una norma jerárquicamente superior que atribuye validez a las normas penales incriminadoras. Políticamente significa la quintaesencia del pensamiento social, el refinamiento del deseo colectivo, el extracto que depura valores fundamentales de la comunidad, ofreciendo un conjunto escrito de valores que sirven de base a la formulación de normas jurídicas, entre ellas las de naturaleza penal.

Este es el sentido y la esencia del pensamiento democrático, y representa en gran medida un aspecto del iluminismo que persiste en las sociedades modernas. En cierta manera se puede afirmar que las *teorías constitucionales del bien jurídico* han proporcionado una visión algo más social de las funciones que el Derecho desempeña, a la vez que además de los *valores* clásicos que las constituciones suelen abarcar (como la protección a la vida, a la dignidad, libertad, pluralismo político, etc.) también existen *objetivos* que apuntan hacia la promoción de condiciones para que la libertad e igualdad de los individuos sean efectivas y la remoción de obstáculos que impidan la efectiva participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social, única manera por la cual los individuos pueden efectivamente participar del proceso de elección de los bienes jurídicos que deben ser considerados protegidos por el sistema jurídico.

El debate sobre la constitucionalización del bien jurídico (bien jurídico constitucionalmente referenciado) y del principio de lesividad como tema a él inherente ha sido muy intenso y desarrollado en Italia, principalmente desde principios de la década de 70. Autores como MANTOVANI<sup>604</sup>, y BRICOLA<sup>605</sup> han estudiado la cuestión del bien jurídico y su relación con los fundamentos constitucionales,

---

<sup>604</sup> Cfr. MANTOVANI, F.: Il principio di offensività del reato nella Costituzione, in Scritti Mortati, IV, Milano, 1977.

<sup>605</sup> Sobre el tema en Franco BRICOLA véase: "Teoría general del reato" en Novissimo Digesto Italiano, VOL. XIX, Turín, 1973, págs. 7 y ss.

impulsando el debate acerca de limitaciones del poder punitivo del Estado. Para estos autores, la pena de privación de la libertad personal sólo será recomendable en el caso de lesión de bienes constitucionalmente reconocidos de forma expresa y las penas deben guardar una estrecha relación con la importancia del bien lesionado. Como afirma MIRAT HERNÁNDEZ “Para este autor, dado el valor que en la Constitución italiana se otorga a la libertad personal, su privación sólo será posible cuando se trate de ataques a bienes protegidos constitucionalmente, o por lo menos dotados de relieve constitucional. No bastará con la simple incompatibilidad entre éste y el bien a tutelar, sino que será preciso que el mismo sea de los que expresa o implícitamente se encuentren contemplados en la propia Constitución”<sup>606</sup>. En este sentido, comentando la definición constitucional de bien jurídico, Nicolás GARCÍA RIVAS afirma que “la generalidad e la doctrina no abandona el concepto de bien jurídico, centrándose la discusión en torno a los parámetros que definen su contenido material. A este respecto, creo conveniente tomar como punto de referencia la tesis expresada por BRICOLA, sobre la necesidad de que los bienes jurídicos protegidos por el legislador tengan ‘relevancia constitucional’. Relevancia constitucional de un bien no significa simplemente ‘no incompatibilidad’ del bien respecto a la Constitución, sino la asunción del mismo entre los valores explícita o implícitamente garantizados por la Carta constitucional. Por otra parte, la expresión ‘relevancia constitucional’ es bastante amplia, incluyendo no sólo los derechos del individuo garantizados constitucionalmente, sino también los valores que son objetivamente tutelados”<sup>607</sup>.

En el pensamiento de BRICOLA se consideran bienes jurídicos los directamente reconocidos por la Constitución así como los recogidos en los Tratados Internacionales incorporados al Derecho vigente. También se incluye en este concepto los tutelados en sí mismos sin referencia personal (como la salud pública) y los «integrables», «homologables» o «asimilados» a los propiamente constitucionales, entre los que han de incluirse los «delitos obstáculos», es decir, los relacionados con un bien constitucional, de manera que su lesión supone ponerlo en peligro de manera necesaria” (bienes jurídicos excepcionales al no estar expresamente contenidos en el texto constitucional).<sup>608</sup> La actuación del legislador ordinario estaría vinculada a valores ya

---

<sup>606</sup> Cfr. MIRAT HERNÁNDEZ, P.: Detenciones ilegales..., op.cit. pág. 119.

<sup>607</sup> Cfr. GARCÍA RIVAS, N.: El poder punitivo del Estado. En Colección Estudios – Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, año 1996.

<sup>608</sup> Cfr. MIRAT HERNÁNDEZ, P.: Detenciones ilegales..., op.cit. pág. 119.

existentes en la sociedad, los cuales la Constitución eleva a la categoría de bienes jurídicos dignos de protección. El texto constitucional sienta las bases de la construcción o reforma del sistema penal, como un marco de referencia, un criterio selectivo que permite seleccionar las necesidades sociales y los bienes merecedores de tutela penal.

Sobre el tema GONZÁLES RUS - admitiendo la importancia de las tesis *constitucionalistas*<sup>609</sup> - ha afirmado que es necesario armonizar las teorías estrictas con las que plantean que la Constitución ofrece un sistema abierto de valores, poniendo de manifiesto la tensión entre la jerarquía de valores del sistema penal y la jerarquía de bienes jurídicos constitucionales. El enfoque dado por GONZÁLES RUS ha contribuido al desarrollo de este pensamiento de perfil constitucional, auxiliando a la formulación de criterios para limitación del poder legislativo en el campo penal. En sus comentarios a respeto del “Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial”<sup>610</sup>, realizado en Siracusa en 1981, este autor reafirma el asentamiento constitucional del bien jurídico que tiene como finalidad primordial “acotar dentro de términos lo más precisos posible el área del ilícito penal, con la consiguiente limitación de la libertad del legislador a la hora de la creación del mismo”<sup>611</sup>. En tal sentido, este autor comenta que FIANDACA concibe el concepto de bien jurídico desde la *perspectiva constitucional* al afirmar que “la tesis correcta no puede ser otra que la de un planteamiento constitucional del tema del bien jurídico, entendido no en el sentido de que el concepto así concebido pueda delimitar definitivamente el área de lo punible, sino tan solo proporcionar «directivas programáticas de tutela, potencialmente vinculantes, cuya concretización ha de ser encomendada inevitablemente a la legislación que actúe y

---

<sup>609</sup> Teoría constitucional amplia (que considera que el bien jurídico se debe deducir de prescripciones jurídicas previas a la legislación penal ajenas al derecho natural, siendo la realidad constitucional el fundamento) y Teoría constitucional estricta (donde la formulación del concepto de bien jurídico bon base en fundamentos de la sociedad y de valores inscritos en la propia constitución).

<sup>610</sup> Cfr. GONZÁLES RUS, J.: Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial. Siracusa, 15-18 de octubre de 1981, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1982, pág. 708. También citado por MIRAT HERNÁNDEZ, cita 25, pág. 119. Texto accesible en “DIALNET” ([www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46227.pdf](http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46227.pdf)).

<sup>611</sup> Sobre este aspecto de su obra: Bien Jurídico y Constitución (Bases para una Teoría). Fundación Juan March, Madrid. 1983.



desarrolle la Constitución."<sup>612</sup> Las conclusiones de GONZÁLES RUS acerca del tema apuntan hacia los límites que puede establecer el legislador, y a la confianza que en este se puede depositar, ante la posibilidad de instrumentalización del Derecho Penal, resultado que solo puede ser alcanzado sobre la base de un asentamiento constitucional del bien jurídico como mecanismo de preservación de sus finalidades<sup>613</sup>. En consecuencia, la tutela del sistema social se lleva a cabo también por la protección de bienes jurídicos<sup>614</sup>.

En síntesis, el pensamiento constitucional del bien jurídico es significativo y también asumido por autores como PULITANÒ (con matizaciones acerca de su necesario desarrollo)<sup>615</sup>, Tullio PADOVANI y Cesare PEDRAZZI (para quien, especialmente en el de la economía tiene idoneidad para figurar como objeto jurídico específico de protección penal, así como los llamados intereses difusos o colectivos).

Dentro de esta línea de pensamiento, comentando la postura de RUDOLPHI para quien la norma fundamental es la clave que permite superar la dicotomía entre un concepto ideológico de bien jurídico (positivo, pero vacío y puramente formal) y un concepto liberal (con contenido, pero previo al Derecho positivo) Nicolás GARCÍA

---

<sup>612</sup> FIANCADA se refería al bien jurídico como problema teórico y como criterio de política criminal, subrayando que a las concepciones jurídico constitucionales proporcionan un concepto material de bien jurídico lo suficientemente determinado y riguroso como para poder establecer con certeza, por vía de deducción lógica, cuáles deben ser los objetos de la tutela penal, pero ponían de manifiesto que la moral, en si misma, no puede ser objeto de protección penal, y que la tendencia progresiva a utilizar los principios fundamentales de la Constitución como punto de referencia en esta materia. Cfr.: GONZÁLEZ RUS, J.: Seminario..., op.cit. pág. 707.

<sup>613</sup> Son suyas las palabras: "detrás del tema de la función crítica del bien jurídico lo que hay es un problema de confianza o desconfianza en el legislador, al que, en consecuencia, se quiere limitar más o menos en el momento de la creación del ilícito penal. La potencial peligrosidad que para el individuo y la sociedad entraña un uso prepotente y desviado del instrumento penal me hacen partidario de extremar, dentro de lo posible, las garantías de que tal utilización se verá al menos dificultada; pues sería ingenuo pretender que tales condicionamientos, en cuanto jurídicos, serían capaces de frenar una decidida voluntad de servirse interesadamente del ordenamiento penal para la consecución de fines parciales. Y un tal resultado (en un Estado democrático) sólo puede lograrse con un asentamiento constitucional del bien jurídico y del ilícito penal en general, en cuanto que se trata de una norma que políticamente representa (de manera siempre imperfecta) los intereses de la mayoría y jurídicamente vincula a todo el ordenamiento. En el convencimiento, además, de que cuanto mayor sea la correspondencia con la misma, mayores serán los obstáculos que se ofrecen a una desvirtuación del contenido y la función que una sociedad quiere que el Derecho penal cumpla en su servicio." Así en Seminario..., op.cit. pág. 718.

<sup>614</sup> En este sentido sus consideraciones en "Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)", Madrid, Ediciones Peninsular (Fundación Juan March, Serie Universitaria), año 1983, págs. 7 y ss.

<sup>615</sup> Sobre este autor GONZÁLES RUS ha subrayado su matización "si bien es verdad que la norma fundamental es apreciada como el campo donde deben descubrirse los bienes jurídicos, su pleno aprovechamiento puede considerarse todavía en los inicios ".Cfr.: GONZÁLEZ RUS, J.: Seminario..., op.cit. pág. 708.

RIVAS reafirma que el sistema de valores solo puede estar vinculado al marco constitucional<sup>616</sup>.

La función *limitadora del poder estatal* ha sido abordada también por HIRSCH. Comentando el trabajo de este profesor ROXIN señala que “a fin de cuentas, HIRSCH recurre al *principio constitucional de proporcionalidad* para imponerle límites al legislador. Lo vincula sobre todo con el principio de subsidiariedad, pero añade que la «legitimidad de la incriminación sólo deja de existir en aquellos ámbitos de conducta que no ofrecen motivo alguno para su omisión». Si se interpreta esta peculiar formulación en el sentido de que no existe «motivo» para la «omisión» de la conducta cuando su prohibición no protege bienes jurídicos, la concepción de HIRSCH y la mía son perfectamente compatibles”<sup>617</sup>.

Esta concepción constitucional ha sido evaluada de forma positiva por MIRAT HERNÁNDEZ en la medida en que la Constitución ofrece un indudable valor como criterio interpretativo de todo el ordenamiento jurídico, a la luz de principios constitucionales. Esta autora presenta una *clasificación* conclusiva con la cual estoy de pleno acuerdo, pues identifica que los bienes cumplen tres orbitas de funciones: a) funciones teleológicas; b) funciones de limitación del *ius puniendi*; c) función crítica de la política criminal<sup>618</sup>.

Como explican COBO y VIVES esta *función teleológica* se ejerce para construir un criterio de interpretación de los tipos penales que permita la clasificación y jerarquización de los mismo en función del objeto de protección y la importancia del ataque, pues “en la medida que el bien jurídico constituye el núcleo del injusto, servirá para limitar las conductas consideradas como típicas al ofrecer un criterio material en la interpretación y la construcción de la teoría del delito en general y en los tipos penales

---

<sup>616</sup> Así: “el autor se pregunta si no sería posible reunir ambos aspectos del bien jurídico con el fin de obtener de esta forma un concepto de bien jurídico pleno de contenido y sin embargo jurídicamente obligatorio (y no sólo político-jurídico). Ello sería posible, en su opinión, “si fuera factible deducirlo de las prescripciones jurídicas positivas, que son previas a la legislación penal pero obligatorias para ésta... Tales decisiones valorativas, previas y obligatorias para la legislación penal, no pueden deducirse, como por ejemplo en la época del iluminismo, de alguna norma de un derecho natural suprapositivo, ni tampoco, como lo ha hecho von Liszt, de las relaciones sociales preexistentes. *Tales decisiones valorativas sólo pueden estar contenidas en nuestra Constitución*”. GARCÍA RIVAS, N.: El poder punitivo del Estado, op.cit. pág. 48.

<sup>617</sup> Cfr. ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ...”, op.cit. pág. 454.

<sup>618</sup> Cfr. MIRAT HERNÁNDEZ, P.: El delito de detenciones ilegales..., op.cit. pág. 122.

en particular”<sup>619</sup>. A esta función orientadora de la interpretación de la norma penal se suma la función limitadora del poder punitivo, pues el bien jurídico también representa un límite al *ius puniendi* del Estado que “exige el respeto del legislador en la protección penal, que debe ser otorgada exclusivamente a bienes jurídicos, y una función de garantía en la medida en que el bien jurídico sea capaz de indicar qué se protege (contenido material del bien jurídico) y por qué se protege determinado valor (fin del bien jurídico)”<sup>620</sup>. Estamos delante, también, de una función limitadora de la propia tipicidad, que debe respetar ciertos límites impuestos por la propia Constitución y por los principios de Derecho. Por ejemplo, el *Tribunal Constitucional* español ha enfrentado la cuestión sobre las *limitaciones al Derecho Penal*, barajando los principios de necesidad, proporcionalidad, y de la intervención mínima, y adoptando el principio general de *interpretación restrictiva acerca de las intervenciones sobre derechos fundamentales* (Sentencia 120/1990 de 27 de junio de 1990).<sup>621</sup> Este mismo sentido es adoptado por el Tribunal Constitucional alemán como subraya KAI AMBOS al afirmar que “el enfoque del Tribunal Constitucional está en línea con el incremento de la «constitucionalización» del derecho penal (*Strafverfassungsrecht*) que, respecto del debate en torno al bien jurídico, ha producido esfuerzos importantes en orden al enriquecimiento constitucional del concepto, o incluso a su sustitución.”<sup>622</sup>

<sup>619</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho Penal, Parte General*. 5ª Edición. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 315, citados por MIRAT HERNÁNDEZ.

<sup>620</sup> Esclarece la autora que “Al determinar qué se protege y el porqué, estará abierta la posibilidad de crítica sobre la norma sancionadora, dando lugar a un proceso dialéctico donde la sociedad podrá impulsar la descriminalización de conductas, cuya inclusión entre las normas penales ha perdido vigencia, por ejemplo, en nuestra sociedad, la insumisión a la realización del servicio militar, y criminalizar otras conductas no incluidas en los códigos, que aparecen como nuevas formas de criminalidad, como los nuevos delitos ecológicos o informáticos”. Así en: MIRAT HERNÁNDEZ, P.: *El delito de detenciones ilegales...*, op.cit. pág.122.

<sup>621</sup> En su fundamento nº 8 el Tribunal afirma que: “como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal, conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por *la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos*, puedan ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7.º; 2/1982, fundamento jurídico 5.º, 110/1984, fundamento jurídico 5.º), y de otra que, en todo caso, las *limitaciones* que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable» (STC 53/1986, fundamento jurídico 3.º), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido» (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.º; 13/1985, fundamento jurídico 2.º) y ha de atender a la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone» (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.º) y, en todo caso, respetar su cometido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4.º, 5.º y 6.º; 197/1987, fundamento jurídico 11), si tal derecho aún puede ejercerse. ...”.

<sup>622</sup> Cfr. AMBOS, K.: *Bien jurídico y harm principle: bases teóricas para determinar la "función global" del Derecho Penal Internacional*. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, julio de 2013, págs. 343-378.

Este aspecto pone de manifiesto el importante papel que desempeña el proceso de interpretación de la norma penal y sus implicaciones para el mantenimiento del principio de proporcionalidad de las penas así como del principio de necesidad.

La finalidad de protección de los bien jurídicos es alcanzada por el proceso de interpretación teleológico. Este método se convierte en un criterio para identificar el sentido de los bienes jurídicos en sus aspectos objetivo y subjetivo.

En suma, lo que se puede afirmar es que las *teorías constitucionalistas* han significado un innegable avance en el establecimiento de criterios interpretativos del ordenamiento jurídico basados en valores esenciales. El respeto a los principios constitucionales, y la supremacía de la Constitución representan un elemento esencial característico de las modernas sociedades democráticas. De tal suerte, la noción de lo permitido y el conocimiento de lo prohibido es algo que depende, en gran medida, de la interpretación que se haga del texto constitucional. Normas que ofendan el espíritu de la Constitución, además de ilegales son contrarias a los intereses de la propia sociedad. La Constitución es un elemento importante para alcanzar el sentido concreto de los bienes jurídicos. Coincido con Ignacio BERDUGO cuando afirma que “la existencia de una Constitución posibilita dar un paso más en la concreción del contenido del concepto de bien jurídico. Pues, en esta línea de razonamiento, parece lógico exigir la vinculación del resultado de la observación empírica al tenido material del texto fundamental, en cuanto este constituye la plasmación de la participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social”<sup>623</sup>.

Sin embargo, como subraya MIRAT HERNÁNDEZ, la determinación y contenido de los concretos bienes jurídicos no se encuentra en la propia Constitución, pues se desarrollan en un marco independiente que no se fija de forma detallada en el texto constitucional, aunque se establezcan bajo sus criterios. Ello se debe a la necesidad de respetar el proceso evolutivo de la sociedad, donde nacen y desaparecen continuamente intereses y nuevas necesidades, de suerte que los cambios acerca de

---

<sup>623</sup>Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: Revisión del contenido del bien jurídico honor, en: "A.D.P.C.P". 1984 (trabajo también publicado en el Libro Homenaje a la profesora Hilde Kaufmann) disponible en [www.Dialnet-RevisionDelContenidoDelBienJuridicoHonor-46253.pdf](http://www.Dialnet-RevisionDelContenidoDelBienJuridicoHonor-46253.pdf).

los bienes jurídicos podrían implicar la reforma de la propia Constitución<sup>624</sup>. De tal suerte, el proceso de continua evolución de la sociedad obliga a que sea el legislador penal la instancia definidora de los bienes jurídicos en el ámbito criminal, pero dentro de un debido proceso legislativo y de acuerdo con principios que inspiran el Estado Democrático de Derecho, también consagrados en el texto constitucional.

Esta actuación legislativa no es totalmente arbitraria y libre sin embargo, pues está sujeta a la voluntad popular y al principio de legalidad. Es natural que el Derecho sea encarado como el resultado de una contradicción dialéctica entre la imposición de pautas de conductas por el Estado y las libertades individuales. Sin embargo, la intervención estatal está modernamente condicionada al respeto a la voluntad de la mayoría de la sociedad.

En este sentido la “base social” es la génesis que autoriza e indica al legislador la voluntad del conjunto de personas que forma la sociedad, una vez que en las democracias todo el poder procede del pueblo. Se trata de una actuación en conformidad

---

<sup>624</sup> Cfr. MIRAT HERNÁNDEZ, El delito de detenciones ilegales..., op.cit. pág. 120. Así se expresa la autora: “Pero la determinación y contenido de los concretos bienes jurídicos no se encuentra recogido en la Constitución. Mantenerlo llevaría a negar la necesaria evolución y reforma, manteniendo la protección para bienes obsoletos e impidiendo la de nuevas necesidades; cualquier reforma penal implicaría como paso previo, y de forma necesaria, la de la propia Constitución. Así, deben considerarse ilícitas las normas que se aparten de los principios recogidos en ella, pues todo el ordenamiento tiene que interpretarse de acuerdo con la Constitución, pero los bienes jurídicos se desarrollan en un marco independiente que no se fija de forma detallada en ella, aunque es obligado que se desarrollen bajo su criterio. La limitación de la tutela penal a bienes de rango constitucional conlleva el renunciar a la protección de nuevos bienes jurídicos, que surgen con el desarrollo de la sociedad, o a seguir protegiendo como bienes jurídicos ataques a bienes que han quedado obsoletos en una determinada realidad social, llevando a ser necesaria una reforma constitucional, cada vez que lo sea de la normativa penal, cuando surjan nuevas formas de agresión, que hacen necesaria una respuesta por parte del Derecho en una determinada sociedad y en un momento histórico concreto.”

con el sentimiento social, dentro de reglas democráticas<sup>625</sup> muy claras y transparentes, capaces de traducir el pensamiento de una comunidad en cierto momento histórico<sup>626</sup>.

Sobre este aspecto democrático, dentro de la discusión acerca del bien jurídico en el ámbito constitucional ROXIN ha señalado que “de todo esto se desprende: en un Estado democrático de Derecho, que es el modelo de Estado que tomo por base, las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos<sup>627</sup>”.

Así mismo, el bien jurídico también sirve de *instrumento crítico a la política criminal*, pues permite, de lege lata, la revisión al ordenamiento jurídico y de lege ferenda un límite al legislador a la hora de determinar qué bienes reclama la sociedad como dignos de protección penal, además de la forma y la intensidad de esa protección como bien destaca MIRAT HERNÁNDEZ<sup>628</sup>.

Esta característica funcional crítica del bien jurídico sobre el adecuado desarrollo de la política criminal idea que se ha reafirmado en los últimos años, principalmente en la lucha contra la criminalidad organizada, el terrorismo y el blanqueo de capitales, donde la política criminal influye en la sistematización de los diferentes tipos penales y en la construcción del sistema penal de cada país, conforme las necesidades y realidades de cada sociedad.

Por consiguiente, el respeto a la voluntad social determina que el actual proceso de definición del bien jurídico en los Estados Democráticos sea *abierto y dinámico*. Tal

---

<sup>625</sup> Como señala MIRAT HERNÁNDEZ: “el bien jurídico es el resultado del ejercicio democrático, es decir, participación en los procesos, a través de los que se plasma la libertad política, la libertad de pensamiento y opinión, etc. De este modo, la norma estará siempre expuesta a la revisión crítica, y con ello la política penal del Estado. De esta dinámica democrática surgirán los objetos a proteger por el ordenamiento, y de estos objetos protegidos, teniendo en cuenta el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal, los bienes jurídicos: sólo tendrán carácter de bienes jurídicos penales aquellos objetos protegidos que, teniendo su origen en la sociedad democrática, tengan protección penal.” (en *El delito de detenciones ilegales...*, op.cit. pag. 120).

<sup>626</sup> En este sentido, reafirma la misma autora: “si tenemos en cuenta que en un Estado social y democrático el poder procede del pueblo, resulta evidente que el poder coercitivo del Estado no puede dirigirse a la realización de fines trascendentes o divinos, ni a la corrección moral, sino que su principal finalidad debe ser el evitar conductas que impidan el libre desarrollo de los individuos que integran esa sociedad, asegurando a sus miembros una existencia digna. Los presupuestos indispensables para la existencia en común serán los bienes jurídicos, vida, libertad, integridad física, salud..., junto a los que deben incluirse el cumplimiento de las prestaciones públicas de las que depende el individuo en el marco del Estado”. En MIRAT HERNÁNDEZ, *El delito de detenciones ilegales...*, op.cit. pag. 120.

<sup>627</sup> Cfr. ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ...”, op.cit. pag. 449.

<sup>628</sup> Cfr. MIRAT HERNÁNDEZ, P.: *El delito de detenciones ilegales...*, op.cit. pag. 122.

dinamismo creativo puede hacer una selección de determinados valores - por su importancia y proyección sobre la naturaleza humana - sean elevados a la categoría de principios o derechos fundamentales. De ahí que expresiones como la dignidad humana, la libertad, la justicia o el pluralismo político se convierten en principios limitadores de la actuación del legislador infraconstitucional, de forma que la edición de normas contrarias a tales valores determinaría su inconstitucionalidad. Y más: el bien jurídico en este sentido asume una función de legitimidad y ofrece justificativa a la norma penal, explicando la razón de la intervención estatal y atribuyendo vida al concepto de delito.

En suma, pienso que la Constitución como fuente de inspiración interpretativa para las teorías del bien jurídico representa (junto a la doctrina y a la jurisprudencia) un marco muy pertinente y oportuno en los tiempos que corren, donde la falta de referencias claras viene conduciendo al legislador penal a actuar sin mucho criterio y respeto a principios fundamentales, algo como una hoja suelta al viento, que puede llegar a lugares inciertos y por veces peligrosos para las consagradas y muy apreciadas libertades individuales<sup>629</sup>.

### **B. Tendencias hacia la relativización y la crisis del concepto de bien jurídico**

Al lado de estas tendencias que se han impuesto y ganado espacio históricamente, existen corrientes que buscan *relativizar* o *minimizar* la importancia del bien jurídico en la teoría del delito y en el campo de los fundamentos del Derecho penal.

De un lado existe el *funcionalismo sistémico* de JAKOBS, que encara el Derecho penal como instrumento para resolver una problemática del sistema social y está orientado a garantizar el sistema legal, la constitución y la sociedad, y por tanto asegurar la efectividad de la norma. Este pensamiento de cierta manera niega que la misión del Derecho penal sea la protección de bienes jurídicos.

Por otro lado cierto sector de la doctrina penal indaga sobre la existencia de *razones para seguir adoptando la teoría del bien jurídico*, o si el sistema penal podría

---

<sup>629</sup> En la lección de Claus ROXIN “Me parece que la utilización de un concepto restringido de ciencia pone en este caso a los juristas a merced del capricho y la arbitrariedad del legislador. Es sin duda cierto que la política criminal como tal todavía no es una ciencia. Sin embargo, el desarrollo de límites sustantivos a la legislación penal desde los principios político-criminales del orden constitucional democrático-liberal es desde luego una tarea de los juristas, tanto da que se lleve a cabo por la doctrina o por la jurisdicción constitucional.” “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ..., op.cit. pág. 457.

utilizar otros criterios de limitación y justificación de la norma penal. Tal postura admite que este concepto es prescindible. Corrientes de pensamiento oriundas del Derecho anglosajón y que ejercen influencia sobre el Derecho continental europeo y el Derecho escrito en la actualidad. Se trata del avance de modelos basados en la idea del “daño” (el “*harm principle*” del Derecho inglés) donde se barajan otros criterios para justificar y limitar el Derecho penal<sup>630</sup>. Tal idea, surgida en Inglaterra, se ha desarrollado a lo largo del siglo pasado siendo gradualmente adoptada de la *common law*.<sup>631</sup>

Autores como Kurt SELLMANN han escrito sobre esta vertiente<sup>632</sup> que va más allá del funcionalismo para abrazar el principio de daño o de la ofensividad del Derecho inglés. HEFFENDEHL también se ha referido sobre el tema al subrayar su creciente influencia.

---

<sup>630</sup>Sobre este aspecto se destacan las líneas de investigación de: a) HÖRNLE, T.: *Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*. ISBN 978-3-465-03350-9. Alemania, Berlín, Editorial Klostermann, año 2005; b) VON HIRSCH, A.: “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, Trad.: ALCACER GUIRAO, Rafael, en: HEFFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, págs. 37 a 52; c) HASSEMER, W.: “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?” en: HEFFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, págs. 95 a 104; d) WITTIG, P.: *Teoría del bien jurídico, harm principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad*. En: HEFFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, págs. 341 a 348; e) SELLMANN, K.: *El concepto de bien jurídico, el harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena*. En: HEFFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, págs. 373 a 382; f)

<sup>631</sup>El principio de daño, conforme explica KAI AMBOS, ha tenido su irrupción en el debate jurídico anglo-americano se logró finalmente a través del filósofo del derecho estadounidense Joel Feinberg, con su obra de cuatro tomos sobre los «Moral Limits of Criminal Law» («Límites morales de la ley penal»). Así, “Feinberg hace una llamada al legislador para que tenga en cuenta tres factores, si es que va a penalizar la creación de un riesgo: la magnitud del daño posible, su probabilidad, y el «valor independiente de la conducta creadora de riesgo». Para las situaciones en las que la conducta respectiva «no es ni totalmente inofensiva, ni directa y necesariamente dañina (...), pero que en algún grado crea un peligro», Feinberg propone varias «reglas de oro» para el legislador. Andrew von Hirsch ha llamado a este ejercicio el «estándar de análisis de daños» («Standard Harms Analysis»), que consta de tres pasos: (1) considerar la gravedad del eventual daño y su probabilidad, (2) ponderar en contra el valor social de la conducta y la restricción de la libertad del actor por una posible penalización, (3) tomar en cuenta ciertas restricciones colaterales de la penalización, por ejemplo, la infracción de los derechos de privacidad y a la libertad de expresión.” AMBOS, K.: *Bien jurídico y harm principle...*, op.cit., pág. 345.

<sup>632</sup>SEELMANN, Kurt: “El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de la pena”. Sobre el tema este autor dice: “¿Cabe hallar razones más allá del Derecho positivo para decidir qué conductas deben castigarse y cuáles no? Esta es la pregunta central que en el fondo se plantea la teoría del bien jurídico en el ámbito germano, siempre y cuando pretenda ser una teoría crítica y no simplemente sistematizadora. Pero indagar sobre qué debería ser castigado penalmente es también un objetivo del *harm principle* desarrollado en el ámbito anglosajón” (“La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?”, editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona 2007, pág. 373)



En apretada síntesis, como bien describe KAI AMBOS<sup>633</sup> esta teoría afirma que “el debate respecto de la protección del bien jurídico y la prevención del daño (*harm principle*) como funciones generales del derecho penal nacional” La cuestión se reduce a la discusión sobre los conceptos de bien jurídico (*Rechtsgut*) y *harm* (daño). Se discute qué es lo que exactamente protege el derecho penal para lograr este propósito: ¿Bienes jurídicos? ¿Intereses? ¿Normas? ¿O la ley penal sirve/debería servir a la prevención del daño? La opinión de que el derecho penal tiene por objeto proteger bienes jurídicos se remonta a los escritos de los penalistas alemanes Franz Birnbaum, Karl Binding y Franz von Liszt sin que ellos, sin embargo, asignaran al concepto de bien jurídico el potencial crítico y liberal que hoy le atribuye la opinión predominante. De todos modos, es bastante polémico si tal potencial realmente existe. Además de ser criticada por imprecisa, arbitraria e inconsistente en sus variaciones, se argumenta que el concepto no confiere un criterio sustantivo (normativo) para decidir qué bienes o intereses debieran ser protegidos por la ley penal y cuáles no. Esta decisión, por lo que las críticas continúan, se basa más bien en juicios de valor (preexistentes) que tienen que ser acordados antes e independientemente de los bienes jurídicos posteriormente establecidos. Además, hoy día el concepto no sólo sirve como justificación para los delitos de resultado stricto sensu, es decir, delitos que protegen ciertos bienes jurídicos clásicos (la vida, la integridad corporal, la libertad) contra su violación, sino que justifica, por un lado, también los denominados delitos de peligro, o sea la criminalización (adelantada) de conductas meramente (abstractamente) peligrosas e

---

<sup>633</sup>Cfr. AMBOS, K.: Bien jurídico y *harm principle*: bases teóricas para determinar la "función global" del Derecho Penal Internacional. En Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, julio de 2013, págs. 343-378.

incluye, por otro lado, bienes jurídicos colectivos –de modo creciente– en el ámbito de protección penal.”<sup>634</sup>

KAI AMBOS destaca, además, que el principio del daño (“*harm pinciple*”) la justificación de la criminalización de conductas humanas en torno al concepto del «daño», en particular requiriendo «daño a otros» (actual). Sin embargo, como veremos más adelante, ha existido un importante debate relativo al uso del derecho penal para reforzar la moral, y al mismo tiempo enfoques más modernos han ampliado el principio de daño original, por ejemplo, mediante la inclusión del «riesgo de dañar» y el «hacerse daño a uno mismo».”<sup>635</sup>

En síntesis, este autor contextualiza el principio del daño a la evolución de la teoría del bien jurídico recordando que “tanto la idea del *bien jurídico* como el *principio del daño* muestran cierta afinidad, en cuanto que básicamente procuran elaborar una teoría de criminalización para distinguir «aquellas leyes penales que se justifican de aquellas que no». Ambos esfuerzos son parte de un proyecto liberal de derecho penal moldeado por su carácter de *ultima ratio* (excluyendo de cualquier penalización, en particular, las faltas meramente morales) y por los bien conocidos principios fundamentales de culpabilidad, legalidad y equidad procesal.” Y concluye que “en cierto modo, se puede considerar el principio del daño como el lado negativo del *bien jurídico*, en el sentido de que expresa el resultado sustancial y tangible de una violación del bien y las exigencias a la respectiva conducta dañosa. El *concepto de bien jurídico* puede contribuir al contenido normativo del principio del daño, puede «materializar» o «normativizar» el principio con respeto a los bienes jurídicos como su objeto de referencia. En otras palabras, el principio del *Rechtsgut*, si se encuentra lo

---

<sup>634</sup> Como señala KAI AMBOS la idea original del principio del daño fue articulada por John Stuart Mill en su ensayo «Sobre la libertad», “allí sostuvo que «el único propósito para el cual el poder se puede ejercer legítimamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que se dañe a terceros». Esto es, por un lado, una especie de principio del daño utilitarista, que se centra en los efectos de la conducta que se prohíbe. Por otro lado, la penalización de la conducta respectiva debe apuntar a prevenir el daño, o sea, se trata de prevención en el sentido de un «principio preventivo del daño». Otra perspectiva se centra en la propia conducta y pregunta, tal vez de una manera más deontológica, si esta conducta es dañina (o arriesga daño). Esta distinción no sólo es conceptualmente importante, sino que también tiene consecuencias prácticas: el principio del daño preventivo deja espacio para un equilibrio utilitario de los intereses afectados, mientras que el enfoque deontológico no toma en cuenta las consecuencias. El principio del daño fue implícitamente confirmado en la década de 1950 por el famoso Informe Wolfenden de un Comité Ministerial inglés que, respecto a la criminalización de la homosexualidad y la prostitución, afirma que aquí «debe subsistir alguna esfera de moralidad e inmoralidad privada, que no es, en breves y crudos términos, un asunto legal.» AMBOS, K.: *Bien jurídico y harm pinciple...*, op.cit., pág. 344.

<sup>635</sup> Cfr. AMBOS, K.: *Bien jurídico y harm pinciple...*, op.cit., pág. 366.

*suficientemente desarrollado como una teoría normativa*, puede responder a la pregunta sobre qué tipo de daño debe ser prohibido por la ley penal y por tanto, puede ayudar a encontrar una noción razonable de daño penalmente relevante. En efecto, tal daño puede ser definido como la violación real o potencial de intereses o bienes socialmente relevantes y reconocidos por la *Constitución*, es decir, como daños a los intereses o valores que están detrás de los bienes jurídicos. Por lo tanto, una teoría normativa del bien jurídico así entendida otorga substancia al de otro modo vacío (¿daño a qué?) principio del daño. Podría sostenerse que es este potencial de «materialidad» el que explica por qué algunos consideran que el concepto de bien jurídico es más elaborado que el principio del daño."<sup>636</sup>

El tema ha generado debate en España<sup>637</sup>, y todavía ofrece muchos interrogantes. Ante tales argumentos, pienso que esta teoría del Derecho anglosajón puede tener relevancia si está combinada con la teoría del bien jurídico y para encontrar caminos para la aplicación del Derecho penal conforme situaciones específicas que queden sin respuesta ante la aplicación de los instrumentos tradicionales. Además, creo que este modelo no responde a muchos interrogantes pues deja de lado planteamientos acerca de la relación entre el individuo y la norma, y las consideraciones entre el ejercicio del poder punitivo y la Constitución. Además, este criterio transita en el ámbito de los efectos de la conducta, dentro de una visión pragmática que no es la característica del

---

<sup>636</sup>Cfr. AMBOS, K.: *Bien jurídico y harm principle...*, op.cit., pág. 366.

<sup>637</sup> José Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, comentando el debate realizado en la Universidad Complutense de Madrid en 23 de febrero de 2007, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en un acto académico dirigido por el Profesor Enrique Gimbernat Ordeig, donde se presentó el libro "La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?" Este libro no sólo es una traducción del libro colectivo editado en el año 2003 por Hefendehl, v. Hirsch y Wohlers con el mismo título, resume: "En el primer apartado tiene como título "La teoría del bien jurídico y el "principio del daño"", con contribuciones de v. Hirsch, Kahlo y Seher. Representa un papel central en este apartado la contribución de Andrew v. Hirsch sobre el "principio del daño" (Feinberg) y un análisis externo del papel de la teoría del bien jurídico en la doctrina alemana. El profesor de Cambridge concluye en sentido crítico que "el bien jurídico por sí solo no puede conformar una teoría adecuada de la criminalización. Y la cuestión acerca de si deben existir criterios legítimos de criminalización más allá de la noción del bien jurídico, cuáles habrán de ser y donde habría que situar sus límites, dista mucho de estar resuelta" (p. 52). Mientras, en representación de la doctrina germana, Kahlo considera que las reflexiones basadas en principios éticos, filosóficos o supra positivos como el "principio del daño" no representan una alternativa válida a la teoría del bien jurídico (pp. 59 y ss.) –si bien la teoría personal de la imputación que caracteriza al Derecho Penal tiene su fundamento en principios prejurídicos–, Seher, en sentido contrario, resalta la aporía del concepto de bien jurídico "al demandar de él una capacidad exclusiva de legitimación de las normas penales que no está en situación de ofrecer" y propone introducir "ulteriores principios de cara a esa legitimación, en vez de limitar la discusión al interrogante habitual de si la norma en cuestión "protege un bien jurídico"" (p. 70)." (Recensión a Roland Hefendehl ed.: "La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona 2007). En: Revista InDret - Revista para el análisis del derecho. InDret 2/2008. Barcelona, abril 2008.

Derecho continental, escrito y objetivo. En este sentido, pienso que esta postura doctrinal también no sería la más adecuada para países como España.

En resumen, el balance de los últimos movimientos doctrinales en el campo del bien jurídico indica que se han firmado algunos sectores muy definidos en la ciencia penal. En la segunda mitad del siglo pasado han florecido dos corrientes que han dado contorno al actual concepto de bien jurídico bajo diferentes ángulos. Han surgido teorías de sentido constitucional, que buscan en la Carta Constitucional el referencial material del delito, orientando y limitando la acción del legislador, especialmente el penal. Por otro lado, han aflorado teorías de perfil sociológico, que determinan el contenido del bien jurídico con base en el pensamiento de una determinada sociedad en cierto momento y conforme su estadio cultural, ámbito en el cual el hombre desarrolla libremente todo el potencial de su personalidad.

Describiendo el panorama actual frente al desarrollo de ambas tendencias FABIAN CAPARRÓS explica bien que “el debate doctrinal se polariza en la actualidad en torno a dos grupos de posturas aparentemente contrapuestas: de un lado, las teorías *sociales* o *sociológicas*; de otro, las teorías *constitucionales*. Las *tendencias sociales* o *sociológicas* intentan determinar el contenido del bien jurídico tomando a la realidad social como referencia fundamental, desde el entendimiento de que ella constituye el sustrato en el que el ser humano —en tanto que sujeto que vive en comunidad— despliega sus potencialidades, manifiesta sus necesidades y, en suma, desarrolla su personalidad. Por otra parte, las *teorías constitucionales* o *constitucionalistas* tratan de individualizar el concepto de bien jurídico acudiendo para ello a los criterios reconocidos en la Ley Fundamental. Desde este punto de vista, la Constitución del Estado, en tanto que norma suprema a la que necesariamente ha de ajustarse todo el ordenamiento jurídico, desplegaría toda su eficacia normativa y vincularía al legislador a la hora de desarrollar cualquier decisión de orden político-criminal. Sobre este sustrato común, la doctrina acostumbra a distinguir entre teorías constitucionales «*estrictas*» y «*amplias*», haciendo depender la atribución de uno u otro calificativo del distinto grado de sujeción al articulado a la *norma normarum* que estime cada autor que deben permanecer sometidos los poderes públicos de cara a la renovación del catálogo de tipos. Así, los partidarios de las posiciones amplias apelan al texto constitucional en un sentido genérico, a modo de marco de referencia en el que se contienen los valores generales que deben orientar en todo momento los procesos de criminalización. Por su

parte, los seguidores de las tesis estrictas defienden la exigencia de que toda decisión dirigida a penalizar un determinado comportamiento se encuentre firmemente anclada en una o varias disposiciones concretas del texto constitucional.”<sup>638</sup>

Ambas teorías han convivido y divergido, pero parece ser necesario encontrar una ecuación que permita a ambas una *coexistencia armónica*<sup>639</sup> y que posibilite alcanzar respuestas para muchas de las indagaciones que todavía existen acerca del bien jurídico.

## 2. Conclusiones.

El bien jurídico ha sido durante el siglo pasado uno de los temas más complejos y áridos en el campo de la ciencia penal, desafiando a los estudiosos y proponiendo una infinidad de interpretaciones. La literatura científica confirma que se trata de una materia de enorme complejidad teórica, donde existen diferentes ángulos posibles de aproximación<sup>640</sup>. En la actualidad, las reflexiones alrededor de la teoría del bien jurídico representan una piedra angular de la reflexión teórica sobre el Derecho Penal.

Por otro lado, en los últimos años se ha intensificado este debate por cuenta del avance de ciertos tipos de criminalidad, como el terrorismo y la delincuencia

---

<sup>638</sup>Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: El delito de blanqueo de capitales. Editorial COLEX. 1998, pág. 170.

<sup>639</sup>Así lo defiende FABIÁN CAPARRÓS al afirmar: “Ahora bien, desde nuestra modesta perspectiva, la concurrencia entre las posiciones sociológicas y constitucionales no es sólo posible, sino *absolutamente necesaria*. Ciertamente, en ellas reconocemos dos formas distintas de intentar explicar una misma cuestión, pero —cuando menos, desde los presupuestos políticos de los que participamos y de los que, así mismo, partimos— nos resistimos a admitir que ambas puedan ser incoherentes entre sí u ofrezcan resultados esencialmente diferentes.” (en El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 171).

<sup>640</sup>En este sentido ROXIN en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ...op.cit. pág. 458. A propósito, sobre el estado de la cuestión en la doctrina de Alemania, el autor afirma que “en mi opinión los libros más importantes sobre la teoría del bien jurídico, muy distintos entre sí tanto desde el punto de vista material como por su tendencia, son: Jäger, Herbert - Strafrechtsgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten: eine kriminalsoziologische Untersuchung Stuttgart, Enke Verlag, 1957; Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”, 1962; Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; Marx, Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”, 1972; Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgüterlehre, 1973; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002; y Hefendehl, Hirsch, Wohlers, Die Rechtsgutstheorie, 2003.” En Brasil el tema ha sido estudiado en profundidad por REGIS PRADO, L.: Bem jurídico-penal e Constituição. Editora Revista dos Tribunais, 7ª Ed., 2015.

económica<sup>641</sup>. Sin embargo, tal concepto continúa siendo relevante y es de fundamental importancia para comprender el verdadero sentido del Derecho Penal<sup>642</sup>, de suerte que su inclusión en cualquier trabajo científico en este campo es materia obligatoria<sup>643</sup> pues en la actualidad, el tema adquiere una amplitud e importancia trascendentales.

La evolución de la teoría del bien jurídico ha indicado que existen muchos caminos a seguir para alcanzar su naturaleza y significado. También existen varias opciones a la hora de abordar que es y para qué sirve el bien jurídico<sup>644</sup>. Cada vertiente de pensamiento ha utilizado su método o se ha inspirado en concepciones anteriores para alcanzar conclusiones que, de una forma o de otra, acaban por indicar que el *tema* del bien jurídico es obligatorio al Derecho Penal (aunque sea para matizar su importancia<sup>645</sup>). Existen aquellos le encaran como un valor inmaterial, un criterio

---

<sup>641</sup>Sobre la evolución de los planteamientos doctrinales acerca del bien jurídico, especialmente en la última década, HEFENDEHL ha realizado una descripción interesante diciendo: “El concepto de Derecho penal como protección de bienes jurídicos tiene sus orígenes en el siglo XIX y se ha ido definiendo durante una historia llena de vicisitudes. Así, no sorprende que, a pesar de todas las novedosas ideas actuales, en el período comparativamente corto que va desde el 2002 hasta hoy no haya aparecido nada revolucionario o capaz de derribar la actual comprensión. Los pros y contras de tal punto de vista ya se habían intercambiado intensamente. No obstante, resulta significativo que vuelva a haber un considerable número de trabajos al respecto, incluyendo las nuevas redacciones en el Comentario de Schönke y Schröder por Lenckner y Eisele, en el *Nomos Kommentar* por Hassemer y Neumann, así como especialmente en especial la nueva edición del Tratado de Roxin”. Así en Cfr. HEFENDEHL, R.: El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa..., op.cit. pág. 393.

<sup>642</sup> Como afirma CEVALLO Y TORRES “hoy en día, la doctrina penal mayoritaria, sigue la tesis de considerar al bien jurídico como punto de partida en la fundamentación e interpretación del Derecho penal; al mismo tiempo sirve como medida de evaluación del orden punitivo; y si bien es cierto que se considera la necesidad de completar éste orden con otros parámetros limitadores como los demás principios del Derecho penal, también es cierto que esto sería imposible sin el concepto de bien jurídico.” (en Blanqueo de capitales ..., op.cit. pág. 51).

<sup>643</sup> Dentro de los estrechos límites del objeto central de esta investigación centrada en las relaciones entre el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, hay que firmar algunas bases interpretativas acerca del contenido y contorno de tal concepto para que se pueda alcanzar luego más adelante algunas conclusiones.

<sup>644</sup> Bernardo FEIJOO comenta que el tema ofrece muchos interrogantes: “Mientras el papel del bien jurídico como criterio interpretativo de los diversos tipos penales o figuras delictivas de la parte especial no parece ser seriamente objeto de discusión, la teoría del bien jurídico se encuentra en el centro de tres grandes cuestiones de la teoría del Derecho Penal que no suscitan (ni suscitarán nunca) un consenso unánime: 1. La función del Derecho Penal: ¿Se puede definir básicamente como protección subsidiaria de bienes jurídicos? 2. El concepto material de delito: ¿Es el delito en esencia lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos? 3. La cuestión político-criminal de la legitimación de criminalizaciones concretas: ¿Es legítimo, por ejemplo, tipificar y, por tanto, castigar la tenencia de pornografía infantil, el maltrato de animales, la profanación de cadáveres o sepulturas, la negación o justificación de genocidios o comportamientos que encierran una peligrosidad abstracta para el medio ambiente?” (FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. (Recensión a Roland Hefendehl ed.: “La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?”, editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona 2007). En: Revista InDret - Revista para el análisis del derecho. InDret 2/2008. Barcelona, abril 2008.)

<sup>645</sup> Conforme el sector doctrinal que defiende la utilización de criterios alternativos como el “principio del daño” (harm principle) y “ofensividad”. Sobre este aspecto que relativiza la importancia del bien jurídico véase las líneas de investigación de Tatjana HÖRNLE, Andrew von HIRSCH, Roland HEFENDEHL,

borroso, inaprehensible o casi intangible, incluso se ha investigado se existen delitos que no afecten a bienes jurídicos<sup>646</sup>. En otro extremo existen concepciones que le sitúan en el núcleo duro del sistema penal, como una partícula indestructible inseparable del pensamiento jurídico-penal a punto de estar íntimamente conectado a la idea de Constitución y a los mínimos atributos del hombre, tan duramente conquistados por la ilustración.

A su vez, en el campo teórico (donde la compleja ciencia penal tiene mucho terreno a ofrecer) el bien jurídico a veces se presenta como un requisito de legitimidad de las normas penales, cuyo contenido no es definido de forma impositiva, pues nace de realidades independientes de la voluntad del legislador y crece fortalecido y validado por la aquiescencia social que ofrece legitimidad a la norma. La selección de los bienes que pueden ser elevados a la categoría de bienes jurídicos ha variado a lo largo de la historia conforme a criterios materiales o formales, que han resultado en teorías sociales o personales del bien jurídico. En este sentido el bien jurídico es fruto de un proceso histórico, de una síntesis cultural originada en relaciones sociales concretas, un producto tanto histórico como social.

En los últimos tiempos, además de interpretaciones del bien jurídico como un objeto de protección de la norma, o de protección de intereses (incluso el aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal<sup>647</sup>) han aflorado también concepciones sociales, así como corrientes de pensamiento que encaran los bienes jurídicos como algo constitucionalmente referenciado. Paralelamente, ha emergido el entendimiento de que la función del Derecho Penal es la mera reafirmación de la vigencia de la norma<sup>648</sup>, representando el bien jurídico tan solo su *ratio legis*<sup>649</sup>. También se ha pensado en situar

---

Petra WITTIG, Seelmann KURT, Kai AMBOS, el filósofo del derecho de Oxford H.L.A. HART, Joseph RAZ, y el filósofo del derecho estadounidense Joel FEINBERG, entre otros.

<sup>646</sup> Sobre este aspecto el artículo de HASSEMER, W.: "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?", Trad.: SPÍNOLA, Beatriz, en: HEFENDEHL, Roland, La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 104.

<sup>647</sup> Cuestión por ejemplo mencionada por Stratenwerth, en su famosa ponencia inaugural en las Jornadas de Profesores de Derecho penal celebradas en Basilea en 1993.

<sup>648</sup> Línea seguida por JAKOBS.

<sup>649</sup> Sobre este tema JESCHECK ha escrito de forma crítica que "El bien jurídico constituye la base reconocida de la estructura y de la interpretación de los tipos. Sin embargo, el concepto de bien jurídico no debe equipararse sin más con la *ratio legis*, sino que ha de poseer un contenido de sentido real propio, anterior a la norma penal y concluyente en sí mismo, pues en otro caso no podría cumplir su función sistemática como baremo para el contenido y la delimitación del precepto penal y como contrapunto de las causas de justificación en las colisiones valorativas." (en Tratado de Derecho Penal, op.cit., pág. 232).

la confianza como bien jurídico<sup>650</sup>, o encarar el bien jurídico como un componente crítico de limitación ante la funcionalización del Derecho Penal. También han surgido interpretaciones que proponen de cierta forma la convivencia de distintas posturas<sup>651</sup>.

Esencialmente coincido con MIRAT HERNÁNDEZ<sup>652</sup> cuando reafirma la importancia del criterio constitucional en esta materia. Creo que la Constitución debe estar en el centro del desarrollo de las teorías que pretenden explicar la naturaleza, sentido y funciones del bien jurídico. En este sentido el poder punitivo del Estado conecta con la necesidad mantenimiento de la indemnidad de circunstancias que permiten el libre desarrollo de las potencialidades humanas, los derechos básicos, la dignidad y la vida. Estas condiciones son protegidas por el Estado por medio de las normas, especialmente las de naturaleza constitucional. En el ámbito penal el legislador debe respetar los límites trazados por la Constitución que es la norma suprema que limita y condiciona a todos.

También creo que tiene razón ROXIN<sup>653</sup> cuando afirma que “el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la *Constitución*”, siendo que el concepto político criminalmente se encuentra en los propios principios plasmados en la Ley

---

<sup>650</sup> Sobre este aspecto aquí meramente mencionado véase HEFENDEHL (en *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, págs. 9 y ss.). Del mismo autor: HEFENDEHL, VON HIRSCH y WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, págs. 133 y ss..

<sup>651</sup> De acuerdo con esta postura de adaptación a la realidad, KAI AMBOS, al referirse al criterio del daño (*harm principle*) y sus relaciones con el bien jurídico subraya que "Además, una mirada retrospectiva a la génesis histórica de ambos conceptos puede revelar aspectos normativos y consideraciones que pueden contribuir a la necesaria «re-normativización» de los principios a la luz de la realidad actual. Así, por ejemplo, la fusión de la teoría decimonónica de los «derechos» y los «bienes» en la teoría del bien jurídico puede proporcionar un modelo para una fusión moderna de la teoría del *Rechtsgut* y las teorías constitucionales y de derechos humanos. A partir de ello puede surgir una llamada a la normativización de la teoría del bien jurídico (y por tanto del principio del daño), con miras a la protección de los ciudadanos de la violación por parte del Estado de sus derechos civiles o humanos fundamentales. Esto no es sino la consecuencia de la creciente «constitucionalización» del derecho penal que, de otro modo, como hemos visto anteriormente<sup>119</sup>, opera sólo a expensas de la teoría del bien jurídico." Así: AMBOS, K. - Bien jurídico y *harm principle*: bases teóricas para determinar la "función global" del Derecho Penal Internacional. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, julio de 2013, pág. 378.

<sup>652</sup> Cfr. MIRAT HERNÁNDEZ, *Detenciones ilegales...*, op.cit. pag. 119 (para quien “las teorías constitucionales ofrecen un indudable valor como criterio interpretativo de todo el ordenamiento jurídico”...).

<sup>653</sup> Cfr. ROXIN, C.: ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ..., Op.cit. pág. 55.



Fundamental<sup>654</sup>. En este sentido, ROXIN<sup>655</sup> subraya que los "bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidad que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema". De tal suerte - continúa el más famoso profesor alemán - "las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos y son inadmisibles". Tal punto de vista constitucional posibilita denunciar que ciertos comportamientos en el campo del Derecho Penal Económico y de la lucha antiterrorista están arbitrariamente bajo la amenaza penal. Como ejemplo se puede mencionar la tipificación de conductas profesionales mediante el establecimiento de amplios deberes de garante, la instrumentalización de dichos deberes en sustitución a las funciones investigadoras que son típicas del poder del Estado, el desmesurado adelantamiento de la incidencia penal mediante la creación de delitos, la excesiva utilización de tipos imprudentes o la criminalización de conductas que constituyen meros actos preparatorios o se encuentran muy alejadas de la efectiva o potencial lesión de bienes jurídicos. A todo se suma la total relativización del secreto (bancario y profesional) y la incriminación de ciertos comportamientos limítrofes ubicados en las fronteras del ejercicio de la abogacía o del asesoramiento tributario o financiero.

A este estado de cosas hay que añadir que la moderna noción de bien jurídico está en constante *mutación*<sup>656</sup> así como es imparable el proceso de creación de bienes jurídicos<sup>657</sup>. Como observa ROXIN<sup>658</sup> la concepción del bien jurídico no es estática,

---

<sup>654</sup>En la actualidad, la doctrina encara que la Constitución es un tanto un instrumento informador como fundamentador de lo que debe ser considerado digno de protección penal. Además, por un lado, se entiende que la norma constitucional debe cumplir un papel inspirador del concepto de bien jurídico, y por otro lado se admite que planteamientos sociológicos son imprescindibles para alcanzar su conceptualización.

<sup>655</sup>Op.cit. pág. 56.

<sup>656</sup>Sobre este aspecto CEVALLOS Y TORRES (Blanqueo de capitales ..., op.cit. pág.30) señala que "la ley penal no puede proteger valores eternos desvinculados de la estructura social y ajenos a un lugar y de un tiempo en concreto, pues según SILVA SÁNCHEZ el bien jurídico penalmente tutelado, si bien es cierto que en muchos casos constituye una realidad permanente, también es cierto que la misma está sujeta al cambio histórico y condicionado por las estructuras socio-culturales de una comunidad que en un espacio y un tiempo determinados."

<sup>657</sup>En la discusión sobre la génesis de los bienes jurídicos ZAFFARONI ha defendido la idea de que los bienes jurídicos no son originados en el Derecho Penal, sino en otras ramas del Derecho, como el Constitucional y el Internacional, siendo su relación con el Derecho Penal tan solo referencial. Sobre el tema véase: ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002. En esta obra se afirma(págs. 484 y ss.): "...la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación. La ley penal sólo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular, pero nunca puede brindarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional".

sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social. Tal circunstancia y sujeción a la voluntad social abre las puertas a manipulaciones por parte del legislador en favor de objetivos meramente funcionalistas y *simbólicos*. Sobre ello ROXIN afirma que “los límites de un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos también se ven afectados por los casos, muy discutidos recientemente, de “legislación simbólica”. Aquí se trata de preceptos penales que no despliegan en primera línea efectos protectores concretos, sino que, confesándose partidarios de determinados valores o condenando conductas consideradas reprobables, pretenden servir para la autoafirmación de grupos políticos e ideológicos. A menudo también sucede que sólo se persigue apaciguar al elector, en cuanto que mediante leyes previsiblemente ineficaces sin embargo se puede suscitar la impresión de que “se hace algo” para combatir acciones y situaciones indeseables. Dado que todas las leyes penales tienen un impacto simbólico más o menos grande por deber operar sobre la formación de la conciencia de la población, los elementos “simbólicos” de la legislación no son inadmisibles de modo general. Todo depende de hasta qué punto se sigue garantizando suficientemente la referencia al bien jurídico. En el caso de preceptos que extienden ampliamente la punibilidad al campo previo a las acciones concretas o que castigan meras manifestaciones de la actitud interna, puede ser absolutamente dudosa su admisibilidad desde los puntos de vista del Estado de Derecho. Sin embargo, todavía queda por realizar una amplia elaboración jurídico penal y constitucional de la problemática, que hasta ahora ha sido predominantemente analizada por la teoría del Derecho y las ciencias sociales”.<sup>659</sup> Esta situación también remite el intérprete a indagar sobre la legitimidad del legislador penal y conlleva cuestionamientos acerca de saber en qué medida el Estado cumple su función por medio del Derecho penal<sup>660</sup>. Por tal motivo es cada vez más importante enfocar el poder punitivo bajo los principios y condiciones estructurales del Estado democrático de Derecho donde el bien jurídico cumple una función de identificación de reales

---

<sup>658</sup>Cfr. ROXIN, C.: ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ..., Op.cit. pág. 57.

<sup>659</sup>ROXIN, C.: ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ..., op.cit. pág. 59.

<sup>660</sup> En este aspecto estoy de acuerdo con CEVALLOS Y TORRES (Blanqueo de capitales ..., op.cit. pág. 52) cuando señala que “a la cuestión sobre, cuándo cumple el Derecho penal su función, HASSEMER responde que sería: “cuando verdaderamente protege los bienes jurídicos que tiene como misión proteger”. Ahora bien, estos bienes jurídicos deben ser tutelados a través de la norma jurídica formulada por el legislador, a lo cual apunta ROXIN, que existen muchas razones para que el legislador, aun cuando sus facultades se basan en una legitimidad democrática, no puede incriminar una conducta solamente porque esté en desacuerdo con la misma, es decir, la penalización del actuar humano debe tener necesariamente un fundamento superior que trascienda a la voluntad legislativa.”

finalidades de la norma más allá de enmascaramientos ideológicos. En este sentido los conceptos de bien jurídico y Estado democrático se encuentran “recíprocamente relacionados.”<sup>661</sup>

Por otro lado, hay que tener en mente que la ampliación desmesurada del Derecho penal conduce a incriminaciones cada vez más amplias, mediante la anticipación de la barrera de protección de la norma penal<sup>662</sup> frente a *bienes protegidos cada vez más inaprehensibles* (o que de antemano sólo se refieren vagamente a un bien jurídico que es, muchas veces, poco claro) muchas veces mediante la imposición de penas como un delito consumado para conductas que sólo constituyen meros actos preparatorios. Ejemplos no faltan para describir esta situación. La expansión del espectro punitivo del delito de blanqueo, por medio de la ampliación de las categorías de delitos antecedentes, y a través de la creación sistemática de deberes de garante, figuras culposas, autoblanqueo y sujetos obligados, es una muestra de esta tendencia, pues como afirma SILVA SÁNCHEZ “el proceso de criminalización del blanqueo de capitales constituye, sin duda, una manifestación paradigmática del proceso de expansión del Derecho penal<sup>663</sup>. Otro claro ejemplo se sitúa en el campo de la lucha antiterrorista, donde el delito de financiación del terrorismo representa un instrumento a más a servicio de un Derecho penal que ha dilatado su ámbito de incidencia como exponen Gonzáles CUSSAC y Caty VIDALES<sup>664</sup>. Esta utilización simbólica del Derecho Penal ha sido también criticada por ROXIN que destaca su interferencia en la protección del bien jurídico al afirmar: “las leyes penales simbólicas no sirven a la protección de bienes jurídicos. Entiendo por «tipos penales simbólicos» aquellas leyes

---

<sup>661</sup> Cfr. HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: “Política penal en el Estado democrático”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Vol. 37, Fascículo/Mes 2, 1984, pág. 342.

<sup>662</sup> Sobre la anticipación de la barrera protectora de la norma penal y sus efectos sobre la conceptualización del bien jurídico ha afirmado ROXIN: “El principio de protección de bienes jurídicos no puede ser considerado el único criterio para la legitimación de los tipos penales. En la doctrina jurídicopenal alemana se discute intensamente sobre la justificación democrática de la tendencia de nuestro legislador a adelantar la intervención penal a estadios previos a la lesión del bien jurídico.” (en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ..., op.cit. pág. 453).

<sup>663</sup> Cfr.: SILVA SÁNCHEZ, J., en Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales, op.cit., pág.131.

<sup>664</sup> GONZÁLES CUSSAC, J.L., y VIDALES RODRÍGUEZ, C.: El nuevo delito de financiación del terrorismo: consideraciones acerca de su necesidad y conveniencia, en el libro Financiación del Terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico. Ed. Tirant Monografías, nº 666, Valencia, 2009, pág. 181 y ss.

que no son necesarias para la protección de una convivencia pacífica sino que persiguen fines extrapenales<sup>665</sup>.

Por otro lado, como bien describe FERRÉ OLIVÉ “en el Derecho penal liberal los bienes jurídicos susceptibles de protección no eran muy numerosos: la vida, la salud, el honor, la libertad en todas sus manifestaciones, el patrimonio, etc. Todo ello conformaba lo que hoy conocemos como *Derecho penal nuclear*. Sin embargo, en los últimos años ha crecido enormemente el número de intereses protegidos y las formas de tutela, fundamentalmente por el avance de la llamada *sociedad del riesgo*, y por la enorme dimensión que está alcanzando la idea de *seguridad*. La sociedad del riesgo (*Risikogesellschaft*) es un concepto elaborado en 1986 por el sociólogo alemán Ulrich Beck (Ludwig Maximilians-Universität München), que describe los cambios y mutaciones generados en la sociedad moderna en todos los órdenes de la vida, como resultado de importantes transformaciones tecnológicas, filosóficas y sociales. Todo ello, trasladado a nuestra materia conduce al *Derecho penal de la sociedad del riesgo*, un sistema punitivo cada vez más omnicompreensivo, que genera permanentemente nuevas conductas punibles (delitos de peligro abstracto, es decir, de puro riesgo) y abusa de recursos técnicos criminalizadores (responsabilidad penal por el producto, delitos medioambientales, etc.) que debilitan el concepto de bien jurídico y todo el marco de garantías. El *concepto de seguridad*, con su más específica caracterización de seguridad ciudadana, también pretende dar fundamento a una nueva tendencia político-criminal expansiva. El punto de partida es la falta de seguridad real (o presunta) para los bienes jurídicos más importantes de toda comunidad. Y esa falta de seguridad se neutralizaría con una mayor presencia y eficacia del sistema punitivo.”<sup>666</sup>

Además de estas realidades es necesario considerar que la cuestión del bien jurídico se ve afectada enormemente por la criminalidad de las "colectividades" ("*corporate crimes*") algo muy evidente en el campo de la economía, hábitat natural del delito de blanqueo de capitales. Sobre este aspecto ROXIN apunta en el sentido de que “es cierto que, como el ‘futuro’ se ve puesto en peligro menos por personas individuales que por colectividades, habrá que desarrollar sobre todo en este campo nuevas

---

<sup>665</sup>Cfr. ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ...”, op.cit. pág. 453.

<sup>666</sup>Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Derecho Penal Colombiano. Principios Fundamentales y sistema. Grupo Editorial Ibañez, Colombia, 2010, pág. 68. Del mismo autor, Direito Penal Brasileiro. Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2011, pág. 75.

estructuras de imputación, como pone de relieve la discusión vivamente apasionada sobre el Derecho penal de las personas jurídicas. Pero debe reflexionarse sobre el hecho de que para el mantenimiento de la vida en nuestro planeta los 'tipos penales referidos al futuro' sólo podrán realizar una pequeña aportación. En este campo, junto con convenios internacionales y trabajo informativo para cambiar las mentalidades, tendrá que entrar en juego el instrumental de política social de todo el ordenamiento jurídico. Es decir que, aunque nos viéramos forzados a ir aquí y allá más lejos de la *protección de bienes jurídicos* concretos y a proteger jurídicopenalmente 'contextos de la vida' mediante 'normas de conducta relativas al futuro', seguiría siendo válido en esa medida el principio de subsidiariedad. No obstante, aquí se van abriendo paso evoluciones que probablemente cobren gran importancia en el Derecho penal del siglo XXI; pero a lo sumo conducirán a una cierta relativización, y no a un abandono de la idea de bien jurídico."<sup>667</sup>

También es importante considerar en este escenario que los intereses generales que fundamentan la creación de bienes jurídicos supraindividuales o macrosociales constituyen un campo vastísimo y fértil para la anticipación de la barrera de intervención penal a momentos previos a la lesión de cualquier bien jurídico de naturaleza individual. El legislador calibra este adelantamiento de tutela penal en función de muchos factores, mas es cierto en relación a los temas centrales de esta trabajo de investigación (el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo) este adelantamiento de protección es muy pronunciado. En consecuencia, se nota la creciente sectorialización de la protección penal, convirtiéndose el bien jurídico en un instrumento de combate a ciertos riesgos o amenazas. La seguridad general amenazada por el terrorismo y el sistema económico-financiero puesto en descrédito y en riesgo por

---

<sup>667</sup>Cfr. ROXIN, C.: ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ..., op.cit. pág. 59.

el blanqueo de capitales, dan origen a nuevas normas preventivas<sup>668</sup>, así como son fundamento de reformas penales que insisten en ampliar el espectro de lo prohibido por medio de tipos penales fundados cada vez más en abstracciones y en figuras basadas en deberes de garantía, los tipos imprudentes, o en la clásica fórmula de los delitos de peligro. Sobre el *adelantamiento de la barrera de protección de la norma penal* y sus relaciones con el bien jurídico HEFENDEHL ha destacado que “la seguridad se ha convertido en las décadas pasadas décadas en un concepto clave de las sociedades occidentales. En ellas ya no se trata preeminentemente del tratamiento de problemas y la solución de conflictos, sino de la contención de riesgos reales o aparentes. Para ello se requiere un amplio control social anticipado. El Estado interviene crecientemente de forma proactiva y se dota de todas las posibilidades para ello por medio de las mencionadas formulaciones vagas carentes de contenido. Como suele ser habitual, las estructuras de bienes jurídicos vagas y los adelantamientos extremos de la punibilidad llegan así a una funesta alianza.”<sup>669</sup>

Veo con preocupación los efectos de esta expansión que desvela la existencia de una verdadera crisis en el sistema penal. FERRÉ OLIVÉ comenta con precisión tal situación: “Jesús Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra) sostiene con acierto que el Derecho penal contemporáneo padece una *crisis de legitimación*. Esa crisis se produce por la situación de tensión que se genera al pretender alcanzar fines preventivos sin afectar las garantías de los ciudadanos. La tensión entre prevención y garantías y la crisis consiguiente han sido consideradas positivamente por Silva, quien ve en esta situación el posible motor de la evolución del Derecho penal, ya que la mencionada crisis se plasmaría en síntesis sucesivas de signo humanitario y garantista. Sin embargo, no consideramos seguros tales efectos positivos. La realidad demuestra que las síntesis

---

<sup>668</sup>La reciente Directiva (UE) 842/2015 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, encuentra justificativa en que: “los flujos de dinero ilícito pueden dañar la integridad, la estabilidad y la reputación del sector financiero y poner en peligro el mercado interior de la Unión y el desarrollo internacional. El blanqueo de dinero, la financiación del terrorismo y el crimen organizado siguen constituyendo problemas significativos que la Unión debe abordar. Aparte de continuar desarrollando el planteamiento penal a escala de la Unión, la prevención específica y proporcionada del uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo resulta indispensable y puede producir resultados complementarios. La solidez, integridad y estabilidad de las entidades financieras y de crédito, así como la confianza en el sistema financiero en su conjunto, podrían verse en grave peligro debido a los esfuerzos de los delincuentes y sus cómplices, ya sea por encubrir el origen de los productos del delito, ya por canalizar el producto de actividades lícitas o ilícitas a fines terroristas. Para facilitar sus actividades delictivas, quienes blanquean capitales y financian el terrorismo podrían aprovecharse de la libre circulación de capitales y de la libre prestación de servicios financieros que trae consigo un espacio financiero integrado. Por consiguiente, son precisas ciertas medidas de coordinación a escala de la Unión”.

<sup>669</sup>Cfr. HEFENDEHL, R.: El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa..., op.cit. pág. 391.

sucesivas no están siendo guiadas por un signo humanitario y garantista, sino que se mueven decididamente en sentido contrario, hacia la expansión del modelo represivo y la disminución sustancial de garantías. Todo ello ha conmocionado el pensamiento penal más reciente, y se pone de manifiesto con el avance de las tesis ultraconservadoras del “Derecho penal del enemigo”<sup>670</sup>.

En este sentido creo que la experiencia y solidez del pensamiento de ROXIN indican un camino razonable donde el Derecho Penal debe ocupar una función coadyuvante y *subsidiaria* dentro del esquema legal de protección a los bienes jurídicos. En sus insustituibles palabras “la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema —como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.—. Por ello se denomina a la pena como la “*ultima ratio* de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza “fragmentaria” del Derecho penal. Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución: como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico.”<sup>671</sup>

Esta función legitimadora y limitadora del *ius puniendi* que el bien jurídico desempeña, es de fundamental importancia en la actualidad, no solo en razón del avance

---

<sup>670</sup>Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Derecho Penal Colombiano. Principios Fundamentales y sistema. Grupo Editorial Ibañez, Colombia, 2010, pág. 68. Del mismo autor, Direito Penal Brasileiro. Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2011, pág. 75.

<sup>671</sup>Cfr. ROXIN, C.: ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ..., op.cit. pág. 59.

desmedido del Derecho Penal en ciertos ámbitos (los ya mencionados delitos relacionados al terrorismo y al blanqueo de capitales) sino también porque la sociedad contemporánea pasa cada vez más por procesos de transformación en velocidades muy superiores a lo que ocurría en el pasado, generando cambios repentinos de dirección propios de la modernidad.

Como nuevamente subraya ROXIN la manera cómo se encaran los bienes jurídicos cambia conforme las sociedades y de acuerdo con el perfil de los Estados, razón por la cual los procesos de *armonización* del Derecho Penal son tan importantes, principalmente en el ámbito del Derecho Penal económico, como ocurre en Europa<sup>672</sup>.

Es cierto que no se puede impedir que la expansión de las normas penales resulte en una ampliación del ámbito de incidencia del delito de blanqueo de capitales. La función de tutela jurídica que la norma penal ejerce sobre los bienes jurídicos se modifica de acuerdo con los propios intereses vigentes en la sociedad, y está condicionado a estructuras socioculturales sujetas al cambio histórico. Si en la actualidad el sentimiento de inseguridad y la insatisfacción con la economía indican ser el endurecimiento de las leyes penales en este campo, es natural que el resultado legislativo represente tal pensamiento. Por consiguiente, el ejercicio del *ius puniendi* sufre una tendencia de transformación acorde con los movimientos generales de fuerzas como la globalización, la economía, y los intereses geopolíticos de las naciones. No sin motivos el expansionismo de ciertas características oriundas de la *common law*, como la criminalización penal de las personas jurídicas, se va imponiendo por otras zonas del globo conforme se expande el poderío económico de países que proclaman tal responsabilidad<sup>673</sup>.

De cierto modo esta expansión del Derecho Penal ha reencendido el debate acerca del bien jurídico, precisamente por el efecto rebote que tienen ciertas medidas bastante duras contra las libertades individuales. Sobre este aspecto HEFENDEHL señala que “*la necesidad de tal función crítica o limitadora del Derecho penal del bien jurídico más bien parece, por el contrario, haber crecido en los últimos años*”. En su lucha contra el terrorismo internacional y contra la llamada criminalidad organizada,

---

<sup>672</sup> Cfr. ROXIN, C.: “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2007, págs. 446 y ss.

<sup>673</sup> Fundamentalmente Estados Unidos e Inglaterra.



tanto los Estados como las estructuras cuasi-estatales, como las de la Unión Europea, han elevado a la condición de adversario a entidades que no satisfacen las condiciones mínimas de un concepto practicable de bien jurídico. De modo sintomático, el establecimiento de este vago marco facilita estructuralmente no sólo que se exija «un avance en la lucha», tal y como eufemísticamente se la viene denominando desde hace algún tiempo en las reformas que acentúan el rigor penal [Cfr. la Ley para la intensificación de la lucha contra el trabajo ilegal de 23-7-2004, BGBl. I, 1842; La ley para la mejora de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo de 8-8-2002, BGBl. I, 3105; la Ley para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada de 4-5-1998, BGBl. I, 845], sino también que, efectivamente, se ha llevado a cabo. Sin embargo, con un enemigo tan vago, es casi imposible evaluar el éxito en tal tarea.”<sup>674</sup>

Sin embargo, con relación a la onda *expansionista* provocada por la reciente DIRECTIVA (UE) 2015/849 - que prácticamente obliga al legislador penal a editar normas penales en el ámbito del blanqueo y la financiación del terrorismo -es necesario tener ciertas reservas y matizar su transposición al Derecho penal interno de España. Las demandas legislativas propuestas por Europa a los países miembros, y la necesidad de armonización del Derecho Penal a nivel comunitario proporcionan al legislador penal nacional la necesidad de enfrentarse a dilemas que al fin y al cabo tienen relación con la real protección de bienes jurídicos. Sin embargo, conviene que esta tarea no sea realizada de forma descuidada y sin una mayor reflexión acerca de la adecuación de muchos tipos penales, al ordenamiento interno, pues como reflexiona SHÜNEMANN “*el principio de protección de bienes jurídicos representa el núcleo duro del pensamiento liberal y con él de la justicia, que no debe ser sacrificada sobre el altar de la europeización*”.<sup>675</sup>

Como señala ROXIN este camino merece atenta reflexión, y demanda considerar alternativas: "un problema similar, en cuanto que tampoco está suficientemente resuelto, es el de si y, en su caso, con qué requisitos el legislador puede estar incluso obligado a penar una conducta lesiva de bienes jurídicos. La ponderación entre bien común y libertad individual, así como la delimitación de libertades individuales en colisión, es asunto del legislador, cuyos márgenes de decisión son

---

<sup>674</sup>Cfr. HEFENDEHL, R.: El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa..., op.cit. pág. 390.

<sup>675</sup>Cfr. SCHÜNEMANN, así en HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico*, 2007, pág. 197.

mucho mayores que los terrenos en que está vinculado. Aquí también es en gran medida cuestión del prudente criterio del legislador decidir si quiere proteger un bien jurídico jurídicopenalmente o con medios del Derecho civil y del Derecho público; e incluso tienen prioridad las posibilidades de protección extrapenal que sean suficientemente eficaces"<sup>676</sup>.

Del mismo modo, hay que considerar que la función del bien jurídico enfrenta en la actualidad indagaciones derivadas de la complejidad de la sociedad moderna y de la onda expansiva del poder del Estado que se ha impulsado por factores como la delincuencia organizada, el terrorismo y la delincuencia económico-financiera. Por esa razón es pertinente afirmar que el momento actual reedita antiguas preguntas acerca de los límites del poder estatal y sobre la legitimidad del Derecho Penal en el moderno Estado Democrático de Derecho. En este sentido, la delimitación del concepto de bien jurídico pierde por un lado la característica de mero fundamento de la norma penal para convertirse en *instrumento crítico de la intervención penal* frente a una creciente tendencia de expansión del poder punitivo del Estado mediante técnicas de adelantamiento de la barrera de protección de la norma penal, la creación de múltiples deberes de garantía, delitos omisivos y de desobediencia, y figuras penales que cada vez más abandonan la tutela de intereses individuales para ejercer de forma prioritaria la defensa de “bienes jurídicos” colectivos y muy estratificados e impersonales, como el medio ambiente, la seguridad colectiva, o el “sistema económico-financiero”. En este sentido pienso en la importancia que tiene la democracia y sus estrechas relaciones con la idea de bien jurídico, y recuerdo una vez más las lecciones de ROXIN cuando afirma que “el Derecho penal contemporáneo de la democracia parlamentaria es el único trasfondo de mi noción de bien jurídico.”<sup>677</sup> Por esa razón considero que el bien jurídico representa un límite al poder punitivo del Estado, y todavía desempeña la función de ser

---

<sup>676</sup>Cfr. ROXIN, C.: ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ..., op.cit. pág. 58.

<sup>677</sup>Cfr. ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ..., op.cit. pág. 59.

un obstáculo capaz de impedir arbitrariedades y es un elemento importante para asegurar conquistas tan duramente alcanzadas por el Derecho<sup>678</sup>.

Creo que tiene sentido la postura de HEDENDEHL cuando afirma que “los principios limitadores y ampliadores de los fundamentos de la punición —ésta es mi tesis— van a ganar creciente relevancia práctica. Las razones son múltiples. *Por una parte*, se recuerda, afortunadamente cada vez más, que el concepto de bien jurídico no es una cuestión de riqueza creativa —así en las exposiciones de motivos suele considerarse como tarea obligatoria, pesada y simple al mismo tiempo designar un supuesto bien jurídico protegido—, sino que ha de satisfacer determinadas cautelas (evaluables). *Por otra parte*, la creciente funcionalización del Derecho penal como Derecho de lucha trae consigo que se abran continuamente nuevos campos en la lucha contra los enemigos, lo que toma virulenta, para los protagonistas, la cuestión de una ampliación legitimadora y, para los críticos, la de la limitación del Derecho penal.”<sup>679</sup> Este punto de vista viene a confirmar el pronóstico acerca de las consecuencias de la expansión del Derecho Penal en el campo de la lucha antiterrorista. El legislador se sirve de la instrumentalización del blanqueo de capitales y la creación de tipos como el delito de financiación del terrorismo como medios para alcanzar sus fines preventivos y represivos. En este campo, la creación de nuevos ámbitos de lo prohibido - y por consecuencia de respectivos bienes jurídicos protegidos - es inevitable.

Del mismo modo estoy de acuerdo con las conclusiones de ROXIN cuando al enfrentarse a la necesidad de conceptualizar el bien jurídico afirma que “con apoyo en estas reflexiones se pueden definir los bienes jurídicos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin”<sup>680</sup>. En este sentido el bien jurídico debe coincidir con los

---

<sup>678</sup>Comentando la postura de SILVA SÁNCHEZ acerca del bien jurídico SZCZARANSKI VARGAS afirma que “Silva parte preguntándose por los fines que debe cumplir el derecho penal para que su actuación sea legítima, indicando que a este respecto el derecho positivo entrega sólo un marco en el que se deben mover las construcciones doctrinales, el cual podría servir para excluir algunas fundamentaciones, pero no alcanza a indicar la *fundamentación* correcta. Por ello, Silva señala que los fines que justifican el derecho penal deben elaborarse de forma incondicionada por el derecho positivo. En este sentido, se sostiene que la misma la idea de teoría jurídica del delito contiene una *finalidad garantista no escrita y supra legal que impide penar conductas que parecen ser punibles pero que no superan los filtros de la misma teoría*” (en “Sobre la evolución del bien jurídico penal...”, op.cit. 379).

<sup>679</sup>Cfr. HEDENDEHL, R.: El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa..., op.cit. pág. 391.

<sup>680</sup>Cfr. ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ..., op.cit. pág. 448.

derechos fundamentales del hombre que sirven de límite al legislador penal y representan un medio de inserción del hombre en la sociedad. Por esa razón el concepto de bien jurídico juega un papel fundamental en la actualidad como criterio o instrumento que pueda servir de defensa al Estado Democrático de Derecho y a los Derechos Humanos, componentes que deben ser considerados esenciales en la sociedad moderna.

Entre las muchas alternativas que se presentan en la actualidad, donde el Derecho Penal experimenta constantemente una movilidad de acuerdo con la dinámica social, el debate actual está fuertemente ampliado por la exagerada expansión del poder punitivo en medio de la fuerte internacionalización de las normas jurídico-penales, fruto de una política criminal simbólica que viene gradualmente relativizando garantías en base a bienes de intereses generales de seguridad, impulsada por intereses subliminares de fondo político y económico. La discusión acerca del concepto de bien jurídico está imbricada con planteamientos de política criminal, de forma que gana especial significado pensar que si el Derecho Penal representa la *ultima ratio* entre los instrumentos de que dispone el Estado para la protección de la sociedad, con mucha más razón se debe exigir del legislador una actitud conforme a este principio, de suerte que la *subsidiaridad* sea encarada como una exigencia político-criminal que debe ser considerada como fundamental en el momento de la formulación de la norma penal<sup>681</sup>. También es necesario tener presente que los principios de intervención mínima y de

---

<sup>681</sup>En este sentido estoy de acuerdo con los planteamientos de GRACIA MARTÍN acerca del bien jurídico, especialmente cuando señala que “actualmente es mayoritaria la opinión según la cual el ejercicio del poder punitivo tiene como límite material a las exigencias derivadas del *principio de subsidiariedad* del Derecho penal. De acuerdo con este principio, sólo debe ser posible el recurso a la pena de un modo *fragmentario* y sólo en la medida en que la misma sea necesaria para la protección de bienes jurídicos. De aquí resulta que en Derecho penal rige como principio limitativo del poder punitivo el de exclusiva protección de bienes jurídicos. De acuerdo con esto, y según un amplio sector de la doctrina, la pena tiene que ser concebida como un instrumento orientado al fin de *protección de bienes jurídicos*”. “Fundamentos de Dogmática Penal”, op.cit. pág. 413.

*ultima ratio* enlazan de forma especial con el *carácter fragmentario* del Derecho Penal.<sup>682</sup>

Creo que tiene razón FERRÉ OLIVÉ cuando afirma que “el fundamento para aplicar penas es lógicamente la *necesidad de proteger bienes jurídicos*. El Derecho Penal es el *último recurso* con que cuenta el Estado para proteger estos intereses fundamentales. De esta forma, nos sumamos decididamente a la tesis mayoritaria en la doctrina penalista que considera que la esencia del Derecho penal radica en la tutela de bienes jurídicos.”<sup>683</sup>

También pienso que son esenciales las siempre lúcidas ponderaciones del Profesor GIMBERNAT acerca de tal cuestión al afirmar que “el carácter de ‘*ultima instancia*’ (secundario) del Derecho punitivo es algo que habrá que tener en cuenta siempre el legislador penal al tipificar comportamientos: a un recurso tan radical como la pena sólo se debe acudir cuando el comportamiento se aparte, radicalmente también, de lo que exige el orden social”.<sup>684</sup> Como bien observa FERRÉ OLIVÉ “la exagerada expansión del Derecho penal debe ser urgentemente controlada. La línea que consideramos preponderante está encaminada a lo que Luigi Ferrajoli (Università degli Studi Roma Tre) denomina *Derecho penal mínimo*. Desde esta perspectiva, no se busca la mayor prevención posible, sino el *mínimo de prevención imprescindible*, lo que llevaría a la minimización de la violencia en el conjunto de la sociedad.”<sup>685</sup>

También creo que el Derecho penal es una *realidad* viva, dialogante y proactiva, que necesita ser manejada positivamente por el intérprete, por los operadores, por la

---

<sup>682</sup> Así se expresa GRACIA MARTÍN: “según MIR PUIG, el principio de *ultima ratio* “parte de que la pena y la medida de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad de que dispone el ordenamiento jurídico”, por lo que “el principio rector debe ser que no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros más suaves”. En estrecha conexión con el carácter fragmentario del Derecho penal, MUÑOZ CONDE destaca otra dimensión y considera que “cuantitativamente el *principio de intervención mínima* se refiere al número de tipos de conductas punibles que debe crear el legislador”. El Derecho penal, según esto, debe limitarse “a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes”, y MUÑOZ CONDE menciona como criterios relativos al principio de intervención mínima que el bien jurídico sea “merecedor de protección”, la “necesidad de protección” y la “capacidad de protección”. Cfr.: “Fundamentos de Dogmática Penal”, op.cit., pág. 414.

<sup>683</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Derecho Penal Colombiano. Principios Fundamentales y sistema. Grupo Editorial Ibañez, Colombia, 2010, pág. 67. Del mismo autor, Direito Penal Brasileiro. Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2011, pág. 74.

<sup>684</sup> Cfr. GIMBERNAT, E.: Concepto y método de la ciencia del Derecho penal. Editorial TECNOS. España, 1999, pág. 28.

<sup>685</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Derecho Penal Colombiano. Principios Fundamentales y sistema. Grupo Editorial Ibañez, Colombia, 2010, pág. 70. Del mismo autor, Direito Penal Brasileiro. Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2011, pág. 78.

jurisdicción, y muy especialmente por la doctrina, a fin de alcanzar un sistema que sea más realista y justo, además de acorde con la protección de los derechos fundamentales del hombre. Tal visión pone la norma bajo un necesario análisis crítico.

En este sentido tomo por base el camino indicado por GIMBERNAT: “¿Qué puede hacer el jurista científico, por su parte, para establecer este apenas existente diálogo. Creo que dos cosas: la primera, procurar trabajar tan cerca de la realidad que convenza a la práctica de que lo que él dice sirve para algo, o sea: que sirve para facilitar al juez su tarea de aplicar el Derecho penal; la segunda es ocuparse él mismo de la jurisprudencia, provocarla por así decirlo, hacer sentir al juez cuando está escribiendo su sentencia que ésta, más pronto o más tarde será sometida a crítica. Pues la ciencia que tomó posición ante el material jurisprudencial, que acepta, rechaza y discute lo que los tribunales dicen, está provocando el que los tribunales hagan lo mismo con ella – la acepten, rechacen y discutan –, con otras palabras: es una ciencia que está provocando el diálogo – que es de lo que se trata.”<sup>686</sup>

En suma, los *cuestionamientos* acerca del *bien jurídico* en la actualidad, además de tocar tradicionales cuestiones – muchas de ellas todavía sin respuesta como afirma ROXIN en su manual de Derecho Penal<sup>687</sup> – ponen de manifiesto que falta mucho camino por recorrer para desvelar su significado, razón por la cual sigue siendo necesaria la investigación de nuevos *criterios* y *principios* que posibiliten identificar el real grado de *legitimación* del nuevo Derecho Penal del siglo XXI, y que permitan encontrar la justificación de las normas penales hoy existentes.

Pienso que es perfecta la mirada crítica de FERRÉ OLIVÉ: “debemos afirmar, sin lugar a dudas, que el Derecho penal es en la actualidad *imprescindible*. Aunque como afirma claramente Enrique Gimbernat (Universidad Complutense de Madrid), “el que el Derecho penal sea imprescindible no significa, por supuesto, que sea imprescindible en su forma actual”<sup>688</sup>.

Por fin, observo que todas estas consideraciones sirven de base para la profundización que haremos a continuación sobre los planteamientos acerca de la

---

<sup>686</sup>Cfr. GIMBERNAT, E.: Concepto y método de la ciencia del Derecho penal..., op.cit. pág. 123.

<sup>687</sup>Cfr. ROXIN, C.- Derecho Penal. Parte General., op.cit. .

<sup>688</sup>Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Derecho Penal Colombiano. Principios Fundamentales y sistema. Grupo Editorial Ibañez, Colombia, 2010, pág. 68. Del mismo autor, Direito Penal Brasileiro. Editora Revista dos Tribunais, Brasil, 2011, pág. 75.

naturaleza específica del *bien jurídico* en el ámbito del *blanqueo de capitales* y de la *financiación del terrorismo*, y son imprescindibles para la comprensión actual del sentido del Derecho penal en esta materia.

## II – El bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales

### A) Aproximación al tema

En la actualidad la ciencia jurídica reconoce que el Derecho tiene un carácter *instrumental*, de manera que la norma también está destinada a solucionar y orientar los conflictos sociales. No se concibe en los tiempos que corren un legislador insensible a los problemas sociales, productor de normas sin alma y neutras, incapaces de conectar con la realidad de una colectividad en un determinado momento histórico.

Superamos a lo largo del siglo pasado el hermético positivismo radical, el sistema cerrado, autónomo e independiente, que en su autosuficiencia sería capaz de encontrar respuestas unilaterales a problemas generales.

En la actualidad, la misión del Derecho penal es *funcional* y cumple el objetivo de *protección de bienes jurídicos* como hemos señalado anteriormente. Como subraya MOLINA FERNÁNDEZ “la teoría del bien jurídico responde a la elemental cuestión de qué se protege en los tipos penales<sup>689</sup>”. Ello ha llevado a FABIÁN CAPARRÓS afirmar que “la mayoría de los autores coinciden hoy en afirmar que la misión del Derecho penal no es otra que la protección de bienes jurídicos, esto es, aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en Sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública.”<sup>690</sup>

Por consiguiente, el Derecho penal es llamado a comunicarse con la sociedad, y el bien jurídico es el resultado de una interpretación que se hace de los objetivos considerados dignos de tutela en la comunidad conforme el momento en que se encuentra. En este sentido FABIÁN CAPARRÓS confirma que “desde esta perspectiva —aceptada de un modo prácticamente unánime por la doctrina más actual—, el bien jurídico se convierte en el lugar de encuentro sobre el que convergen dogmática y política criminal, concordancia necesaria para eludir un tratamiento exclusivamente

---

<sup>689</sup> Como subraya MOLINA FERNÁNDEZ “afirmar que en todo tipo penal se protege uno o varios bienes jurídicos es tanto como decir que las prohibiciones y mandatos penales tienen una base racional: responden al interés de quien los emite de alcanzar un fin que, en su esquema de valores, podemos o no compartir, resulta valioso. Por eso suscitan perplejidad los tipos penales en los que es difícil determinar qué se protege. El Derecho penal sólo se ocupa de los hechos singularmente relevantes, esto es, de hechos en los que cualquiera debería inmediatamente poder identificar un interés protegido, especialmente si se trata del ordenamiento jurídico de un Estado democrático de Derecho.” (MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? En Política criminal y blanqueo de capitales. Eds. Miguel BAJO FERNÁNDEZ y Silvina BACIGALUPO. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2009. pág. 91).

<sup>690</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: El delito de blanqueo de capitales. Editorial COLEX, 1988, pág. 164.



formal o lógico-jurídico del Derecho, tan sofisticado en el campo técnico como inútil en la práctica<sup>691</sup>.”

Esta concepción del Derecho, mucho más aproximada de la realidad social, y acorde con el Estado Democrático de Derecho, se ha desarrollado a lo largo del siglo pasado como hemos tenido ocasión de describir en el apartado anterior, poniendo en evidencia principios muy importantes para el Derecho penal en el campo de la exclusiva protección de bienes jurídicos. Conformando el poder punitivo, principios como el de ofensividad, lesividad o *nullum crimen sine iuria* han mostrado el camino para el *ejercicio más democrático del poder punitivo*<sup>692</sup>, acorde con las limitaciones impuestas por las libertades individuales frente a las potestades del Estado.

Esta evolución no ha estado exenta de debates, y conforme ya hemos expuesto anteriormente, ha permitido al afloramiento de distintas miradas hacia la *naturaleza del bien jurídico*, polarizándose entre dos grandes corrientes de pensamiento: las teorías sociales o sociológicas, y las teorías constitucionales.<sup>693</sup>

Estas concepciones han posibilitado el nacimiento de una serie de principios prácticamente inobjetables, en cuanto a la necesidad de que el Estado tiene el deber de respetar las libertades. Las leyes no pueden servir para la punición de conductas que no lesionen o pongan en peligro los presupuestos imprescindibles para una existencia en

---

<sup>691</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: El delito de blanqueo de capitales. Editorial COLEX, 1988, pág. 165.

<sup>692</sup> Fernando MOLINA FERNÁNDEZ al reafirmar que en Estado Democrático de Derecho el Derecho penal sólo puede ocuparse de situaciones efectivamente y de hechos en los que cualquiera debería inmediatamente poder identificar un interés protegido, recuerda que “por la manera en que se accede y se ejerce el poder, en el *Estado democrático* los valores que encarnan las leyes penales nunca están demasiado lejos de los de los ciudadanos, así que, salvo en casos de trastornos o situaciones que afecten gravemente a la imputabilidad, cualquiera que esté razonablemente integrado en la sociedad (esto es, que no tenga una socialización exótica o no sea extranjero respecto de valores culturalmente muy condicionados) puede identificar grosso modo qué hay de malo en una conducta criminal.

<sup>693</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS así lo describe: “Aceptado todo ese común denominador, el debate doctrinal se polariza en la actualidad en torno a dos grupos de posturas aparentemente contrapuestas: de un lado, las teorías sociales o sociológicas; de otro, las teorías constitucionales. Las tendencias sociales o sociológicas intentan determinar el contenido del bien jurídico tomando a la realidad social como referencia fundamental, desde el entendimiento de que ella constituye el sustrato en el que el ser humano —en tanto que sujeto que vive en comunidad— despliega sus potencialidades, manifiesta sus necesidades y, en suma, desarrolla su personalidad. Por otra parte, las teorías constitucionales o constitucionalistas tratan de individualizar el concepto de bien jurídico acudiendo para ello a los criterios reconocidos en la Ley Fundamental. Desde este punto de vista, la Constitución del Estado, en tanto que norma suprema a la que necesariamente ha de ajustarse todo el ordenamiento jurídico, desplegaría toda su eficacia normativa y vincularía al legislador a la hora de desarrollar cualquier decisión de orden político-criminal.” (en: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 170).

común, necesarios para el libre y amplio desarrollo del hombre y sus potencialidades como afirma ROXIN<sup>694</sup>.

Por consiguiente, el concepto de bien jurídico no interesa tan solo al Derecho penal, sino que es de fundamental importancia para el mantenimiento del Estado Democrático y de Derecho. Eso explica los motivos por los cuales la Constitución se ha convertido en referencia obligatoria para el legislador. En la actualidad - más allá de ser un rol de reglas y directrices programáticas - el texto constitucional inspira todo el sistema penal con sus principios y su estrecha conexión con la realidad social, razón por la cual es tan común en la actualidad el establecimiento de profundos debates en el ámbito de los Tribunales Constitucionales de los diferentes países. La norma no es estática, pues la sociedad es cambiante, resultando que el Derecho sigue esta línea evolutiva.

El Derecho sigue esta pauta de presupuestos derivados de la Constitución, y en el campo penal esta concordancia entre la norma y la Ley fundamental es mucho más necesaria y esperada por todos. Por otro lado el texto constitucional no trata directamente de los “bienes jurídicos” pero crea las condiciones para que se pueda alcanzar su significado social por medio del trabajo del legislador, que debe atender a principios como el de la lesividad, ofensividad, proporcionalidad de las penas, intervención mínima, *ultima ratio*, y exclusiva protección de bienes jurídicos.

El ejercicio del *ius puniendi* se ve condicionado a una serie de factores, lo que permite a la doctrina denunciar la desmesurada *expansión del Derecho penal*<sup>695</sup> en las últimas décadas y el uso simbólico de la pena como medio para alcanzar fines que rehúyen a la misión del derecho criminal. Cuando el legislador abusa de su función,

---

<sup>694</sup> En este sentido las lecciones de ROXIN en “Sentido y límites de la pena estatal”. Recopilación de artículos en “Problemas básicos del Derecho Penal” (traducción de Diego LUZÓN PEÑA), Ed. Reus, Madrid, 1976.

<sup>695</sup> La expansión del Derecho penal ha sido estudiada por muchos autores en las últimas décadas. Entre los más destacados figura el Profesor Jesús-María SILVA SÁNCHEZ. Este autor será ampliamente referido en esta tesis. De su autoría y por todos: “La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”. Ed. Cuadernos Civitas. Madrid. Primera edición 1999 (en esta obra principalmente el apartado 2, págs. 21 y ss. ítem Sobre algunas causas de la expansión del Derecho penal). También de su autoría: Aproximación al Derecho penal contemporáneo. 1ª Edición – J.M. BOSCH Editor, Barcelona 1992. Edición consultada: Ed. BDEF Buenos Aires, 2010, Edición revisada, ampliada y actualizada. Serie Maestros del Derecho penal. Aquí interesa en especial págs. 291 y ss. En Brasil traducción y coordinación de la publicación de estas obras por el autor de esta tesis William TERRA DE OLIVEIRA: a) A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2ª edição revista e ampliada. Versión Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011; b) Aproximação do Direito Penal Contemporâneo. Versión Roberto Barbosa Alves. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

criminaliza situaciones o conductas alejadas del real peligro o lesión a bienes jurídicos, se pone de manifiesto que el sistema sufre un problema serio y puede vivir una crisis muy importante.

Es cierto que la evolución de la sociedad exige que el Estado acompañe los cambios tecnológicos, la ampliación del conocimiento, y el nacimiento de nuevas realidades. Pero el legislador debe estar atento a no ofender principios muy básicos porque acarrearía un significativo ataque a todo el sistema penal. Este proceso de “concretización” de lo justo, es también el proceso que conduce a la definición del bien jurídico en el campo del Derecho penal.

De esta manera, todo esquema interpretativo debe conformarse con la situación en concreto, considerando el estado de la cuestión en un momento dado y bajo ciertas circunstancias, pero teniendo su punto de mira en el texto de la Constitución y en los principios consagrados por el Derecho penal.

El *proceso interpretativo* es necesario para que se pueda conocer con exactitud cuáles son los límites del poder punitivo y cuál es el contenido de los bienes jurídicos al definir los posibles objetos de tutela para enseguida saber si su protección debe estar bajo el manto del Derecho penal o de otros tipos de norma previstos en el ordenamiento jurídico.

Este juego solo es posible dentro de un *sistema democrático*, donde la participación ciudadana sea efectiva, real, y los seres humanos tengan condiciones de plantear de modo responsable la necesidad de proteger o no ciertos bienes jurídicos por medio de la norma penal<sup>696</sup>.

Tal proceso se ha revelado muy intenso y complicado en la medida en que la propia sociedad fue evolucionando a lo largo de la historia. La aparición de nuevas

---

<sup>696</sup> Sobre la necesidad de intervención en el campo del Derecho Penal Económico MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ “Por lo que respecta al concreto sector del Derecho penal económico, Paredes [PAREDES CASTAÑÓN, Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales”, págs. 100 y ss.] ha expuesto de forma modélica los pasos previos para poder llegar a determinar cuáles son los bienes jurídicos que merecen el calificativo de penales. Siguiendo de forma resumida la exposición de este autor, cabe señalar que son dos los datos básicos que deben ser examinados: de un lado, hay que averiguar cuál es la realidad sobre la que opera el Derecho penal económico; de otro lado, hay que descubrir qué valores y pautas de conducta debe intentar impulsar (y, por tanto, cuáles reprimir).” Así en MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? En Política criminal y blanqueo de capitales. Eds. Miguel BAJO FERNÁNDEZ y Silvina BACIGALUPO. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2009. pág. 303.

categorías de intereses, antes inexistentes, ha planteado nuevos desafíos y ha obligado al hombre a pensar en alternativas para el sistema penal.

La sociedad de principios del siglo pasado es muy distinta de la que hoy conocemos y por lo tanto no es sorprendente que el Derecho penal actual tenga un aspecto muy diferente al histórico.

La revolución industrial, las guerras, las nuevas tecnologías de la informática y de las comunicaciones, junto a la globalización, han sido factores decisivos para el surgimiento de *nuevas categorías de bienes jurídicos*. Lo que antes eran bienes individuales hoy son bienes también colectivos o difusos. Los bienes del hombre han superado la visión individualista y hoy se respira un aire de colectividades, de derechos comunes, de intereses metaindividuales. En consecuencia, el Derecho penal ha pasado a convivir con el mundo de la economía de manera diferente. El patrimonialismo individual ha cedido espacio a los intereses económicos y financieros generales. Los bienes jurídicos individuales vinculados a los delitos patrimoniales tienen que convivir con bienes jurídicos colectivos, con intereses globales. Como bien describe MUÑOZ CONDE “esta ampliación de los comportamientos punibles ha llevado también a una ampliación del catálogo de bienes jurídicos protegibles por el Derecho penal, añadiendo a los bienes jurídicos tradicionales, referidos a bienes materiales tangibles o inmateriales, principalmente concretos intereses individuales (vida, integridad física, libertad, honor, intimidad, propiedad), o a algunos sociales importantes (salud pública, seguridad en el tráfico automovilístico, fe pública, orden constitucional, administración pública), otros de nuevo cuño que se denominan con conceptos vagos o excesivamente genéricos, como el equilibrio de los sistemas financieros, el correcto funcionamiento de la circulación de capitales, el medio ambiente, o la seguridad colectiva.”<sup>697</sup>

En este punto la “macroeconomía” y el “orden socioeconómico” surgen con especial claridad, y cobran su protagonismo en el seno de la norma penal.

Será en este contexto en el que pasaremos a describir las opciones que se han barajado para identificar la naturaleza del bien jurídico relativo al delito de blanqueo de capitales, figura penal que tiene especial relación con el *orden socioeconómico* bajo nuestro punto de vista.

---

<sup>697</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 158.

## **B) La necesidad de tipificación del blanqueo de capitales**

En los últimos tiempos se ha tornado evidente e innegable la necesidad político-criminal de tipificar el blanqueo de capitales, lo que conecta de forma muy profunda el tema con el debate acerca de la naturaleza del bien jurídico protegido en esta materia. Las relaciones del delito de blanqueo con diferentes formas de criminalidad especialmente preocupantes y graves, como la criminalidad organizada, la delincuencia macroeconómica, el terrorismo y la corrupción ha sido apuntada por la doctrina como uno de los aspectos más destacados del Derecho penal en la actualidad<sup>698</sup>.

La evolución legislativa del tratamiento jurídico del delito de blanqueo de capitales en España ha respondido a la presión internacional por su tipificación, y se ha inspirado en normas supranacionales y modelos de otros países resultando un sistema que tiene por característica la complejidad. En este contexto, MUÑOZ CONDE recuerda que “por lo que se refiere al blanqueo de capitales, lo primero que hay que decir es que lo que hoy constituye un delito de compleja tipificación (léanse por ejemplo, los artículos 301 y 302 del Código penal y compárese su redacción con la de cualquier tipicidad clásica, como el homicidio, las detenciones ilegales, el hurto o el robo) y aún más difícil interpretación (cfr. solamente la ingente bibliografía y jurisprudencia que ha motivado en estos últimos años), ni siquiera era delito hace 15 o 20 años; o todo lo más podía serlo por la vía del delito de receptación, con el que apenas tiene hoy concomitancias, salvo la tipificación conjunta en el capítulo XIV del Título XIII del Código penal de 1995”<sup>699</sup>.

Al describir la evolución del tema MOLINA FERNÁNDEZ recuerda que “el delito de blanqueo de capitales surge principalmente asociado a la lucha contra el tráfico de estupefacientes, delito que a su vez se vincula a la protección de la salud pública. Tras adquirir *generalidad*, se ubica actualmente en una buena parte de los Códigos, como el español, entre los *delitos contra el orden socioeconómico*, y con frecuencia asociado a la figura de la receptación, que a su vez está estrechamente emparentada con el *encubrimiento*, del que históricamente se desgajó. Precisamente la afinidad entre el blanqueo y el encubrimiento hace que en algunos ordenamientos esta figura se sitúe

---

<sup>698</sup> Sobre esta relevancia ha escrito FERRÉ OLIVÉ con intensidad. Como referencia véase su artículo “Corrupción, crimen organizado y blanqueo de capitales en el mercado financiero”. En *Blanqueo de Dinero y corrupción en el sistema financiero*. Ediciones Universidad de Salamanca, nº 38, 2002, pág. 9 y ss.

<sup>699</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Consideraciones en torno al bien jurídico...*, op.cit., pág. 159.

entre los delitos contra la administración de justicia. Por otra parte, sin embargo, la clasificación histórica del encubrimiento ha sido siempre problemática. Aunque hoy mayoritariamente se considera un delito independiente contra la administración de justicia, hasta no hace mucho se ubicaba en la parte general, como una forma de participación, aunque siempre de manera controvertida, como una participación un tanto *sui generis* en la medida en que tiene lugar cuando el delito principal ya está formalmente consumado.

La progresiva especialización del encubrimiento tuvo a su vez distintas fases, que finalmente arrojan un panorama cuando menos confuso. En un primer momento se desgajó de esta figura la receptación, que pasó a constituir un delito de la parte especial (aunque paradójicamente quizás sea esta conducta la que más se aproxime a una forma de participación, por cuanto ayuda a mantener un previo estado antijurídico), y posteriormente el resto del encubrimiento pasó a su vez a la parte especial como delito contra la administración de justicia, aunque manteniendo entre sus modalidades el favorecimiento real sin ánimo de lucro (art. 451.1.s), lo que provoca dificultades de delimitación con la receptación y con los demás supuestos de encubrimiento. Por último, entró en juego el blanqueo, caracterizado en el Código como delito afín a la receptación y ubicado como ésta entre los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico.<sup>700</sup>

Por otro lado, como dice FABIÁN CAPARRÓS, la intervención penal sobre el blanqueo de capitales sucios “no constituye una mera obligación formal” a la que estamos vinculados por mor de una serie de compromisos internacionales, ni el capricho de un torpe legislador que aspira a renovar su panoplia punitiva con la última moda que desfila por las pasarelas del Derecho comparado.<sup>701</sup>

Sobre la *necesidad* de incorporación de este delito al Código penal MUÑOZ CONDE afirma que “lo que generó la necesidad de crear un nuevo delito: castigar la ocultación del lucro ilícito obtenido a través de la comisión de un delito previo, bien por el que lo había cometido, bien por un tercero que le ayudara a esa ocultación. Esto suponía una ampliación del ámbito de punibilidad que correspondía al delito de receptación, que quedaba sólo para el supuesto de adquisición del objeto material del

---

<sup>700</sup>Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 93.

<sup>701</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: El delito de blanqueo de capitales. Editorial COLEX, 1988, pág. 238.

delito precedente por quien no había intervenido en el mismo. La creación del nuevo delito era también necesaria como una medida de prevención indirecta del delito precedente que generaba el lucro, ya que al impedir que se pueda impunemente obtener una ganancia con su comisión se está desincentivando la misma. Efectivamente, cuando el delito previo es normalmente un delito que genera una gran ganancia, como sucede con el narcotráfico o con los grandes fraudes patrimoniales, dificultar la legalización de esa ganancia y su reinversión en la circulación legal de capitales es una forma, indirecta, de prevención de ese delito. Y todavía habría otra razón para la criminalización del blanqueo, y es que éste puede servir también para encubrir el delito que dio origen a la ganancia, pues dándole apariencia de legalidad y reinvirtiéndola en negocios legales se pueden borrar las pruebas del delito y encubrir su comisión más fácilmente”<sup>702</sup>.

Tal evolución *legislativa* en el campo penal ha sido acompañada también por otras transformaciones legales (la legislación que ha transpuesto la normativa comunitaria al Derecho interno) e innovaciones *institucionales* (la creación de organismos como el SEPBLAC, Unidad de Inteligencia Financiera de España).

Todo este proceso ha culminado con la existencia de un *sistema legal y administrativo* destinado a prevenir y reprimir el blanqueo de dinero. Sin embargo, esta evolución no ha sido acompañada muchas veces de un debate más detallado sobre muchos de sus aspectos, lo que sugiere la falta de juicio crítico acerca de muchos asuntos polémicos que fueron introducidos en el ordenamiento jurídico español sin la debida reflexión acerca de su naturaleza o necesidad.

Ante este vacío crítico, es pertinente pensar que aún queda mucho espacio para la investigación y el debate, principalmente para que se sepa dónde se quiere llegar y no se produzcan vulneraciones de derechos fundamentales.

### **C) La definición del bien jurídico en el blanqueo de capitales**

---

<sup>702</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 159.

MUÑOZ CONDE afirma que “plantear la cuestión de cuál es el bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales, supone tanto como plantear la cuestión de las razones de su incriminación como tal delito”<sup>703</sup>.

Sobre este punto, hay que decir que desde diferentes perspectivas la doctrina ha abordado la cuestión del bien jurídico en el ámbito del delito de blanqueo de capitales. Tratase de un tema muy controvertido y polémico por lo que MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ ha llegado a afirmar que “en lo que atañe al bien jurídico protegido de la norma contenida en el art. 301 del C.p. español, hay que comenzar reconociendo de antemano que su determinación plantea un problema “extremadamente complicado”<sup>704</sup>.

Este escenario ha llevado a MOLINA FERNÁNDEZ a observar que “lo cierto es, sin embargo, que en muchos tipos penales no es posible llegar siquiera a un acuerdo sobre el bien jurídico. El blanqueo de capitales es uno de ellos y de manera especialmente destacable. ¿Cómo es esto posible? Si examinamos la discusión doctrinal sobre el bien jurídico protegido en este delito vemos que las propuestas son tantas y a veces tan dispares que esta realidad resulta difícil de conciliar con la indudable importancia que ha adquirido el blanqueo en el Derecho penal moderno. Por otra parte, la propia evolución del delito y su proximidad a otras figuras que siempre han planteado problemas de clasificación, como el encubrimiento o la receptación, inducen a pensar que éste es un campo necesitado de nuevas aproximaciones.”<sup>705</sup>

Las distintas tendencias doctrinales acerca de esta materia se han formado a partir de concepciones derivadas de la interpretación acerca del objeto de tutela jurídica de bienes muy relevantes para el hombre, afectados por el comportamiento de transformación de capitales ilícitos en activos lícitos con la intención de reintroducir en el normal circuito socioeconómico valores financieros o simplemente bienes puedan ser

---

<sup>703</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales. En I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero. (coords. Miguel ABEL SOUTO y Nielson SÁNCHEZ STEWART). Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2009. Sobre este aspecto, MUÑOZ CONDE destaca que en este artículo (pág. 157) que, “evidentemente, estamos aquí ante un típico representante de lo que HASSEMER denominó hace ya veinte años “moderno” Derecho penal; es decir, un modelo de Derecho penal que se caracteriza por su expansión (afortunada expresión con la que caracteriza Silva Sánchez las nuevas tendencias del Derecho penal), criminalizando comportamientos que antes no eran punibles, bien porque no se consideraban merecedores de pena (infracciones medioambientales, determinados ilícitos económicos), bien porque ni siquiera podían realizarse sin los avances técnicos que hoy existen (manipulación de energía nuclear, utilización de la informática).”

<sup>704</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte Especial. Editora Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 593.

<sup>705</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 92.



libremente disfrutados o reinvertidos en nuevas relaciones económicas. Las teorías acerca de la naturaleza de este ámbito de protección de la norma penal, , han variado desde posturas opuestas hasta visiones complementarias, revelando importantes problemas acerca de la determinación de la naturaleza jurídica del bien jurídico tutelado. En consecuencia, la doctrina se encuentra extremadamente dividida al respecto, con posiciones muy encontradas que plantean diferencias notables de interpretación.

Quizás este sea el motivo por el cual MOLINA FERNÁNDEZ ha indagado con cierta perplejidad: “¿Qué se protege realmente en el delito de blanqueo de capitales?: ¿la salud pública; el orden socioeconómico; alguna de sus manifestaciones singulares como los intereses de la hacienda pública, la correcta circulación de bienes en el mercado o la libre competencia; la administración de justicia; el bien jurídico, sea el que sea, protegido en el delito del que procede el capital blanqueado; [...] o nada que merezca protección, porque la criminalización de estas conductas iría en realidad en detrimento de intereses relevantes como son los de la hacienda pública? Todas estas variantes han tenido y tienen defensores, tanto individualmente como en distintas combinaciones (delito pluriofensivo, es una caracterización muy habitual en este campo), y el debate ha dado lugar a regulaciones dispares en el Derecho comparado”<sup>706</sup>.

Este tema también ha sido objeto de intenso debate en el Derecho comparado proporcionando diferentes miradas y distintas soluciones legislativas. Las diferentes posturas que se pueden asumir fueron bien descritas por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ al afirmar que “la confusión reinante en torno a la concreción del bien jurídico en el delito de blanqueo no es un problema exclusivo de nuestra doctrina, ya que un debate muy similar se ha abierto en otros países, particularmente en Alemania e Italia. De este dato podemos inferir una primera conclusión: la discusión sobre el bien jurídico en este delito va más allá del acierto o infortunio con el que el legislador de un concreto país haya regulado el blanqueo”, llegando a cuestionar la misma necesidad de incriminar el blanqueo. Así, mientras que unos mantienen que la introducción del delito de blanqueo responde a «una necesidad político-criminal de primer orden» , otros niegan que exista una necesidad de protección que justifique tal delito, porque consideran que no existe razón para castigar una acción que simplemente mantiene la lesión al bien jurídico del

---

<sup>706</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 95.

delito previo, pero sin agravarla, o porque defienden que una simple modificación de los delitos de receptación y encubrimiento hubiera bastado para satisfacer las mismas necesidades de protección que cumple hoy el blanqueo.<sup>707</sup>

Estas opciones también se pueden identificar en la legislación de los países del entorno de España, como también subraya MARTÍNEZ-BUJÁN al mencionar que el problema del bien jurídico en el delito de blanqueo de bienes ha sido también vivamente discutido con relación a los preceptos de otras legislaciones penales<sup>708</sup> de suerte que un repaso a éstas revela una “diversidad de configuraciones sobre el objeto jurídico tutelado, entre las que destacan principalmente dos: su orientación a la protección de la Administración de Justicia o a la tutela del orden económico. Y esta doble orientación es la que puede descubrirse también en la doctrina española dominante”<sup>709</sup>.

En el caso de España, las discusiones doctrinales han sido igualmente intensas, y en la actualidad MARTÍNEZ-BUJÁN describe que el escenario doctrinal se decanta por dos grandes corrientes – la Administración de la Justicia y el orden socioeconómico – sin dejar de considerar otras posibilidades<sup>710</sup>. La postura de este autor me parece la más acertada y sus planteamientos responden a muchas indagaciones, por este motivo, a continuación iremos profundizando algunos aspectos para finalmente justificar por qué su teoría es la que comparto.

#### **D) Los diferentes enfoques acerca del bien jurídico en el delito de blanqueo de dinero**

Una primera aproximación al tema revela que la doctrina ha identificado dos grandes líneas de interpretación acerca del bien jurídico del blanqueo, ora encarando el delito como una conducta capaz de ofender primordial y especialmente a un cierto bien jurídico, ora admitiendo que el blanqueo de capitales es un delito con potencial para ofender o poner en peligro uno o múltiples bienes jurídicos.

---

<sup>707</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág.77.

<sup>708</sup> Cfr. referido por el autor “BLANCO, 1997, 161 ss. y ABEL, 2004, capítulo II, y bibliografía que se cita, y 2005, pp. 21 ss., ARIAS 2011, págs. 133 ss.”.

<sup>709</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN menciona, también, la postura de BAJO FERNÁNDEZ, al recordar que, con todo, al lado de estas dos configuraciones, cabría también mencionar en realidad una tercera, esto es, la sustentada originariamente por BAJO, quien, sobre la base de entender el blanqueo como incorporación a la legitimidad del dinero sustraído al control fiscal, considera semejante actividad, por sí misma, carente de valoración negativa y penalmente irrelevante, y que incluso debería ser promocionada por los poderes públicos”. Así en Derecho Penal Económico y de la Empresa..., op.cit. pág. 593.

<sup>710</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa..., op.cit. pág. 593.

Como bien expresa MOLINA FERNÁNDEZ<sup>711</sup>, existen muy variadas opiniones sobre cuál es el bien jurídico protegido en el delito de blanqueo. Este autor identifica algunos puntos importantes de la cuestión, destacando que la propia *naturaleza compleja* del delito de blanqueo, y su carácter *pluriofensivo*, favorecen a la existencia de dudas acerca de la naturaleza de su protección. Aparte de ello, cuestiones en el campo de la teoría del delito, el *iter criminis*, y la participación, han incidido sobre el debate doctrinal, proporcionando indagaciones de peso<sup>712</sup>.

El espectro de posturas frente al tema varía mucho en la doctrina penal, desde *opiniones que critican su tipificación* (sea porque consideran que simplemente no hay nada qué deba ser protegido o porque las conductas de blanqueo no tienen un desvalor que merezca sanción penal) hasta *posturas que reconocen la afectación de bienes jurídicos como el orden socioeconómico, la Administración de la Justicia* o incluso los delitos previos u *originarios* desde donde provienen las riquezas, el dinero o valores que son objeto de los procesos de lavado de dinero.

#### **E) La ausencia de un interés penalmente protegible.**

Es sabido que para algunos que toman como referencia la existencia del orden socioeconómico se puede pensar que no existe desvalor alguno en las conductas blanqueadoras. Estas deberían quedar fuera del ámbito del Derecho penal por su *neutralidad* o porque el blanqueo al final puede aportar incluso *beneficios* a la

---

<sup>711</sup> En su artículo publicado en el libro “Política criminal y blanqueo de capitales” bajo el título *¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?* (obra coordinada por Miguel BAJO FERNÁNDEZ y Silvina BACIGALUPO, publicada por la Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 92 y ss.) el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid Fernando MOLINA FERNÁNDEZ ubica la cuestión sistemática los posibles bienes jurídicos susceptibles de protección por ataques oriundos del delito de blanqueo de capitales. Aquí seguiremos parte de sus planteamientos en conjunto con muchos de los puntos de vista de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (básicamente en su amplio artículo titulado “Bien jurídico y derecho penal económico” publicado en “Crisis Financiera y Derecho Penal Económico”. Editorial EDISOFER. Serie Europa-América, Argentina-Madrid, Agosto de 2014).

<sup>712</sup> En este sentido afirma que “muy probablemente esta falta de acuerdo a la hora de delimitar el bien jurídico del blanqueo de capitales y de otras figuras próximas como el encubrimiento o la receptación se deba a dos motivos. En primer lugar, a la propia naturaleza compleja de lo que está detrás de estas figuras, que efectivamente tendrían un carácter multiofensivo. Siempre que una figura típica afecta a múltiples intereses, la delimitación de cuáles sean y cuál sea su respectivo peso resulta especialmente problemática. El hecho de que el debate se haya reproducido en términos muy similares en los diferentes ordenamientos del Derecho comparado, muestra que las dificultades están en la propia materia y no en una concreta regulación positiva. Mi opinión, sin embargo, es que ésta no puede ser la única explicación del largo, intenso y en tantas ocasiones poco fructífero debate, sino que hay otra razón de peso, que tiene que ver con cuestiones no siempre bien resueltas en la teoría general del delito, y más en particular en tres puntos: la teoría del bien jurídico, la del *iter criminis* y la de la participación”. Así en MOLINA FERNÁNDEZ, F.: *Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?...*, op.cit., pág. 95.

economía, a la fiscalidad (en los casos de regularización tributaria<sup>713</sup> como subraya BAJO FERNÁNDEZ<sup>714</sup>) y al sistema financiero de ciertas jurisdicciones en que el secreto bancario es algo muy relativizado. Tal postura, claramente minoritaria en la actualidad, está en franca oposición a la firme política-criminal internacional que viene siendo gradualmente incorporada a los ordenamientos jurídicos internos de los distintos países, como ha pasado en España. Esta teoría tampoco encuentra respaldo en la legislación penal actual, como subraya MOLINA FERNÁNDEZ al recordar que “el Código Penal clasifica el blanqueo dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, clasificación que una parte importante de la doctrina da por buena, considerando que el orden socioeconómico es el bien jurídico protegido de manera exclusiva o principal en el art. 301 del Código penal”<sup>715</sup>. Sobre esta línea de pensamiento este autor afirma que el blanqueo tiene relevancia frente a los intereses económicos<sup>716</sup>, pues “no se puede suscribir la tesis de quienes extraen de la falta de un interés socioeconómico relevante la irrelevancia o incluso bondad del blanqueo. No es una frivolidad o un error generalizado el que la lucha contra el blanqueo se haya convertido en prioridad en la política criminal de muchos países. Que no haya un bien jurídico socioeconómico suficiente detrás del blanqueo no significa que no haya otros. Al fijarse sólo en los efectos económicos (y sólo desde una perspectiva que puede ser

---

<sup>713</sup> Son muchos los aspectos tributarios y penales de la reciente regularización tributaria introducida por el RDL 12/2012 y complementada por la LO 7/2012, de 27 diciembre, que modificó la regulación de los delitos contra la Hacienda Pública. Sobre este tema, y por todos, el artículo de Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ Una nueva trilogía en Derecho Penal Tributario fraude, regularización y blanqueo de capitales. Publicado en “Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación”: Comentarios, casos prácticos, ISSN 1138-9540, N° 372, 2014, págs. 41-82. En este sentido MOLINA FERNÁNDEZ señala: “resulta claro que desde la perspectiva de uno de los intereses clásicos del orden económico, como es la hacienda pública, el blanqueo puede ser beneficioso. En este punto le asiste la razón a BAJO FERNÁNDEZ, como muestra el hecho, que este mismo autor recuerda, de que el Estado con cierta frecuencia arbitre procedimientos para sacar a la luz el dinero negro, o que algunos países se hayan especializado en la captación y lavado de estos fondos. Con ello no quiero decir que esta práctica sea correcta, que no lo es porque tiene otros efectos perjudiciales, sino tan sólo que a efectos de recaudación tener el dinero en la economía sumergida es negativo, y hacerlo aflorar positivo, y por eso cuando el Estado necesita aumentar la recaudación surge la tentación de recurrir a instrumentos de blanqueo legal” (así en MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 112).

<sup>714</sup> Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M.: Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos, en VVAA, Política criminal y reforma penal. Libro homenaje a Juan del Rosal, Madrid, 1993, pág. 147.

<sup>715</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 111.

<sup>716</sup> Aunque no reconozca el orden socioeconómico como el bien jurídico propiamente protegido en el delito de blanqueo de capitales: “En cualquier caso, en lo que estamos examinando, al menos es claro que el blanqueo no surgió históricamente como un delito para proteger la economía, y resulta además altamente dudoso que éste sea su objeto de protección no ya único, sino ni siquiera preferente.” (MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 111).

discutible) del hecho de legalizar el dinero, olvidan todo lo que esta conducta supone desde la perspectiva de su contribución a delitos de extraordinaria gravedad”<sup>717</sup>.

En definitiva, no comparto el pensamiento que niega la existencia de un bien jurídico que deba ser protegido en el delito de blanqueo, no creo en la ausencia de un interés penalmente protegible, ni pienso que el desvalor de las conductas blanqueadoras no merezca sanción penal.

#### **F) Relaciones del bien jurídico del blanqueo de capitales con el encubrimiento y la receptación**

El blanqueo de capitales representa en la actualidad una *barrera penal secundaria* (pero que viene siendo usada muchas veces como barrera prioritaria o preferente) contra el delito en general, pues su espectro punitivo ha sido ampliado a lo largo de las últimas décadas. La figura penal del blanqueo cumple el papel de *defensa adicional* contra el delito, y desempeña la función de *segunda carga permanente* en la lucha contra la delincuencia.

En este sentido, su función básica de proteger otros intereses ya protegidos por otras categorías de delitos es natural y compatible con el arquetipo pensado por el legislador moderno en cumplimiento de una política criminal que se ha impuesto como modelo para el mundo.

Uno de los vínculos más destacables en sus relaciones con otras figuras es su afinidad con los delitos de receptación y encubrimiento, pues estas figuras de cierto modo contribuyen directamente a la lesión del bien jurídico del delito base porque mantienen el estado antijurídico y la esencia ilícita anteriores, aspecto al que iremos haciendo mención a lo largo de este texto pero que queda aquí puntualizado.

El delito de encubrimiento está previsto en el artículo 451 a 454 del Código Penal<sup>718</sup> dentro del TÍTULO XX que dispone sobre los “Delitos contra la

---

<sup>717</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 113.

Administración de Justicia”. Por otro lado, la Exposición de motivos al Proyecto de Código penal de 1992 afirmaba que “en cuanto el funcionamiento correcto de la Justicia pertenece a todos como servicio público que es, amén de ser una fundamental idea rectora del orden constitucional<sup>65</sup>”. Por tal motivo ABEL SOUTO afirma que “la conclusión es evidente: el blanqueo, como conducta favorecedora, tutela la Administración de Justicia.”

En su día GÓMEZ PAVÓN escribió un texto muy difundido en el que decía que el artículo 546 bis J) estaba más próximo al número segundo del artículo 17 que a las conductas receptadoras<sup>719</sup> como una modalidad *sui generis* de favorecimiento real. En este sentido tal incriminación tenía la función de combatir comportamientos que afectaban a la Administración de Justicia. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, comentando la postura de GOMEZ PAVÓN, recuerda que esta autora “concluía que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, entendiendo que la actuación del blanqueador está orientada directamente a impedir el descubrimiento del delito previo, y que el ya derogado art. 546 bis.) estaba más próximo al favorecimiento real que a la receptación. No obstante, consideraba innecesaria la inclusión de este precepto en el CP,

---

<sup>718</sup> Dice el Código Penal: "CAPÍTULO III - Del encubrimiento: Artículo 451. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 1.º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio. 2.º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento. 3.º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos. b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave. Artículo 452. En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior. Artículo 453. Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena. Artículo 454. Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1.º del artículo 451."

<sup>719</sup> GOMEZ PAVÓN, P.: El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento. En "CPC", nº 53, año 1994, págs. 459 a 484. También sobre el mismo tema y de la misma autora: El encubrimiento, Artículos 17 y 18 del Código Penal, Ed. Trivium Madrid, 1988.

por encontrarse excesivamente cercano a un Derecho penal de autor. Otro tanto pensaba del art. 344 bis.i) ACp, al que recriminaba por ser una extensión injustificable del encubrimiento que suponía una huida hacia el Derecho penal, en su opinión de muy escasa utilidad<sup>720</sup>.”

Dentro de este debate sobresalen las conclusiones de MOLINA FERNÁNDEZ para quien “el blanqueo de capitales es un *delito complejo*, con *dos objetos de protección*: es a la vez un delito de encubrimiento, que atenta contra la *administración de justicia* penal, y con ello impide la satisfacción del sentimiento de justicia y erosiona la prevención de nuevos delitos, y un delito de participación en sentido amplio («participación») que, como todo acto de participación, atenta contra los bienes jurídicos que se encuentran detrás de los delitos en los que se participa, que pueden ser tanto aquéllos de donde procede el dinero blanqueado como los que se financian a su costa. Su peculiaridad como delito independiente reside en este carácter complejo: no sólo encubre delitos, sino que a la vez los promueve de manera genérica”<sup>721</sup>.

Por otro lado, y bajo el enfoque *patrimonial* del delito de blanqueo de capitales, ABEL SOUTO subraya que para cierto sector de la doctrina “la esencia receptadora residiría en el aprovechamiento de los efectos de un delito previo de contenido patrimonial o en enriquecerse a expensas del delito ajeno” pero concluye que “no obstante, tamaña teoría no establece con precisión el bien jurídico que se protege y puede acarrear, si se pune todo aprovechamiento patrimonial de un delito, una extensión típica desmesurada”<sup>722</sup>.

Estas posturas son coherentes y en lo principal acaban por destacar que el blanqueo de dinero tiene un aspecto multiofensivo fuertemente conectado con aspectos económicos y una política-criminal de carácter preventivo (como se verá más adelante).

Como afirma MOLINA FERNÁNDEZ “cualquier aproximación al delito de blanqueo pone de relieve su proximidad con los delitos de encubrimiento, hoy clasificados entre los que afectan a la administración de justicia, y por eso no es extraño

---

<sup>720</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 79.

<sup>721</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 122.

<sup>722</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal Español. Editora Bosch. Barcelona, 2005, pág. 52.

que una tesis muy extendida, en ocasiones con apoyo legal, considere que éste es el bien o uno de los bienes protegidos en el blanqueo”<sup>723</sup>.

El blanqueo es una figura que apoya el objetivo de protección del encubrimiento (buscando una respuesta penal contra la conducta de “ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”). Por tal motivo, cuando se está ante operaciones de lavado de capitales, las fuerzas policiales se inspiran en la máxima acuñada por la cultura estadounidense representada por la expresión “*follow the money*” para recuperar el vínculo entre el delito original y el delincuente, huella que es apagada o encubierta por las operaciones de blanqueo de capitales.

En este sentido es perfectamente admisible decir que ambas figuras (blanqueo – encubrimiento/receptación) atienden a objetivos concretos muy semejantes y se comunican.

Sin embargo, como veremos a continuación, el ámbito de protección penal del blanqueo es mucho más amplio (así lo deseó el legislador) en razón de su carácter pluriofensivo (que afirmamos existe) y por las funciones que le atribuye la actual política-criminal.

Este es el motivo por el cual el blanqueo no está incorporado específicamente entre los delitos contra la Administración de Justicia, aunque pueda ejercer una función secundaria de protección a bienes de referencia como: a) los intereses individuales en las sentencias o resoluciones; b) la persecución penal; c) los intereses individuales de terceros en la protección de bienes importantes como la vida, la salud, la libertad o derechos que pueden resultar amenazados en el caso del Estado dejar de impedir su cometimiento o de ofrecer respuesta a su violación; d) la paz social representada por confianza en el sistema de Justicia; e) el sometimiento de los individuos a la Justicia como instrumento único de solución de conflictos a través de procedimientos legales que deben alcanzar sus finalidades y no ser obstaculizados por las operaciones de lavado de dinero; f) el cumplimiento de los objetivos esenciales de la teoría de la pena, pues la respuesta penal tiene que cumplir su objetivo de satisfacer la retribución penal a conductas desviantes; g) la función de reparación a las víctimas (también afectada

---

<sup>723</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 116.



cuando el blanqueo ha sucedido); h) el combate a los efectos de delitos que afectan el sistema de Justicia, como por ejemplo la prevaricación el falso testimonio, el favorecimiento personal o real, el encubrimiento y el quebrantamiento de condena que son manifestaciones criminológicas que ponen en jaque la efectividad de la ley; i) los fines preventivos que derivados de la aplicación efectiva del derecho penal a los hechos antecedentes (algo que es impedido cuando el blanqueo impide alcanzar a los autores de delito anterior o a recuperar sus beneficios); j) por último el apaciguamiento del sentimiento de Justicia del hombre de bien.

Por consiguiente, el blanqueo tiene una autenticidad y autonomía muy evidente, y aunque esté muy vinculado a tantos objetivos externos el legislador le ha ubicado entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, localización que pienso es la opción más adecuada o en definitiva la menos impropia.

MOLINA FERNÁNDEZ confirma este pensamiento al afirmar que “el blanqueo tiene una capacidad lesiva añadida y de gran importancia, que justifica su tipificación independiente como *figura multiofensiva*. Por eso, el blanqueo de capitales *no tiene espacio propio que ocupar dentro de los delitos contra la administración de justicia*, sino que protege ese bien jurídico de la misma forma que lo hace el encubrimiento: impidiendo o dificultando la imposición de la pena a quien ha cometido un delito<sup>724</sup>”.

En este campo, el blanqueo acaba por auxiliar en la protección de la Administración de Justicia de forma instrumental.

Este mismo autor abre un espacio para que se pueda discutir, bajo el aspecto patrimonial, las relaciones entre el blanqueo de capitales y los delitos de receptación y *encubrimiento* como figuras que en realidad parecen sancionar también actos de participación, lo que es explicado por la estructura accesoria de este delito y el hecho de que históricamente fuera considerado como una forma de participación. De tal suerte, una mirada posible pasa por encarar el blanqueo como una figura que crea un *contexto* que propicia la comisión de delitos base y el prolongamiento de una situación antijurídica. Bajo este punto de vista, tomando como base los bienes protegidos por el delito anterior en que puede haber “participación” es posible pensar en la receptación y en el blanqueo *profesionales*. Dentro de los bienes protegidos en el que puede haber

---

<sup>724</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 116.

participación “hay acciones, como el *blanqueo o la receptación profesionales*, que crean contextos favorables a la comisión de delitos sin que haya un acto de cooperación específica. En el caso de la receptación, ello se produce creando un mercado en el que el objeto de comercio son los bienes procedentes de delitos, lo que otorga a éstos un valor añadido y con ello promociona el delito. En el caso del blanqueo, la «participación» presenta dos modalidades: la primera es similar a la de la receptación profesional, sólo que en este caso el bien objeto de comercio y que viene a revalorizarse es el dinero negro; la segunda es la promoción de futuros delitos al generar fondos blanqueados que pueden financiarlos”<sup>725</sup>. De todas formas este es un campo de la teoría de la conducta que escapa del objeto de nuestra investigación central, pero que queda aquí señalado.

En resumen, una aproximación al delito de blanqueo también pone de manifiesto su proximidad con los delitos genéricamente clasificados como de encubrimiento, hoy ubicados entre los que afectan a la Administración de Justicia, y por consiguiente es comprensible que para algunos éste es el bien o uno de los bienes protegidos en el blanqueo de capitales.

### **G) El contexto internacional**

En los Códigos Penales de otros países el blanqueo está incluido en el capítulo que trata los crímenes contra la Administración de la Justicia. Por ejemplo, este es el caso del Código Penal de Suiza, donde del artículo 307 bis se encuentra en el Título XVII denominado “Crímenes contra la Administración de la Justicia” que penaliza a quien haya cometido un acto dirigido a obstaculizar la identificación del origen, el descubrimiento o la confiscación de valores patrimoniales, sobre los cuales sabía o debía presumir que provenían de un delito.

Parte de la doctrina entiende que la conducta de blanqueo se dirige, en última instancia, a impedir el descubrimiento, no sólo del origen de los bienes sino, fundamentalmente, de la identidad de los autores del delito principal. Este pensamiento tiene como consecuencia la conclusión de que los intereses de la Administración de Justicia resultan afectados por el lavado de dinero.

---

<sup>725</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 121.

Para ABEL SOUTO<sup>726</sup> la consideración de la Administración de Justicia como bien jurídico protegido por el blanqueo de dinero parte de la base de la naturaleza jurídica que poseen estos comportamientos. Considerando lo que dispone la normativa supranacional con relación al blanqueo, especialmente la Convención sobre drogas de 1988 y documentos similares, es posible considerar que se trata de conductas encubridoras. En este contexto se observa que el artículo 301 del Código penal español reproduce *modelos normativos supraestatales internacionales* que ponen en evidencia el carácter favorecedor de la conducta, razón por la cual cierto sector de la doctrina piensa que el blanqueo tiene el mismo bien jurídico que el encubrimiento.

Es cierto que en Europa el legislador penal ha puesto énfasis reiteradamente en la protección de la Administración de la Justicia frente a los delitos de blanqueo<sup>727</sup>.

Se encuentran ejemplos como el de Suiza, donde el artículo 305 *bis* del Código Penal, incorpora una clara indicación de que el Estado se preocupa en evitar que activos ilícitos puedan contaminar el sistema financiero, y la Administración de Justicia tiene el deber de localizar tales bienes, investigar las conductas relacionadas con ellos y llevar a cabo acciones que conduzcan a su congelación y decomiso. Este trabajo indica que la actividad de blanqueo de capitales afecta directamente los intereses del aparato de

---

<sup>726</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal Español. Editora Bosch. Barcelona, 2005, pág. 28.

<sup>727</sup> En este sentido, gran parte de los países europeos considera que la Administración de Justicia también constituye el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo.

Justicia<sup>728</sup>. Sobre el tema ARÁNGUEZ SÁNCHEZ recuerda que entre la doctrina suiza es unánime la opinión de que el blanqueo atenta contra la Administración de Justicia una vez que éste es el bien jurídico protegido por los arts. 305 bis y 305 ter (delitos de blanqueo doloso e imprudente) del Código penal suizo<sup>729</sup>.

Otro ejemplo es el caso de Alemania donde la doctrina interpreta que el § 261 *StGB* tiene influencia suiza en la fijación del bien jurídico protegido pues sanciona comportamientos que impiden o dificultan el acceso de los órganos de persecución penal a los bienes de determinados delitos<sup>730</sup>. Sobre el tema ARÁNGUEZ SÁNCHEZ menciona el origen de la disciplina en Alemania, conforme consta en la Exposición de Motivos de la Ley contra la Delincuencia Organizada, de 15 de julio de 1992, que manifiesta expresamente que el objetivo principal del parágrafo 261.1 es la tutela de la Administración de Justicia, pues busca incriminar la ocultación de esas “huellas documentales” que permiten la reconstrucción de los flujos financieros que originan ciertas actividades ilícitas, con la intención de poner al descubierto las organizaciones criminales que suelen encontrarse en la base de esas conductas<sup>731</sup>.

---

<sup>728</sup> Comentando el tema FELIPE RENART GARCÍA, Profesor de la Universidad de Alicante, afirma: " Las discusiones doctrinales respecto del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales en la doctrina comparada han demostrado, *salvo en el caso suizo*, la falta de unanimidad en su determinación. En este sentido, la reconocida competencia del sistema financiero suizo, la solvencia y estabilidad de su economía parecen contradecir el efecto distorsionador del blanqueo. No debe confundirse la consensuada reprochabilidad de la conducta blanqueadora, en base a criterios éticos, con la hipotética lesión al orden socioeconómico, pues se estaría, erróneamente, operando en dos planos totalmente distintos y no siempre coincidentes: el de la moral y el estrictamente económico. Se puede exigir del país helvético una mayor colaboración en el plano internacional en la lucha contra la criminalidad organizada, concienciar al legislador de la necesidad de criminalizar la conducta blanqueadora, pero presentar la lesión del orden socioeconómico y la distorsión del sistema financiero como efectos consecuentes no será pacíficamente aceptado por el legislador suizo. Al menos no en el equilibrado orden socioeconómico suizo que ni puede ni debe compararse con el establecido en determinados países subdesarrollados en los que la criminalidad organizada vinculada al narcotráfico opera como un verdadero poder económico paralelo. Así lo entendió el legislador suizo al ubicar el blanqueo dentro del Título XVII relativo a los delitos contra la Administración de Justicia, adoptando de este modo la propuesta que BERNASCONI formulara en su informe. Si para dicho autor, el "blanqueo representa el instrumento más refinado de las organizaciones criminales para sustraerse a las investigaciones judiciales y policiales sobre sus crímenes y responsabilidades" impidiendo con ello que se pueda remontar hasta los jefes y organizadores de la criminalidad organizada, la conducta blanqueadora sólo puede ser aparejada al encubrimiento, debiendo enmarcarse dentro de los delitos contra la Administración de justicia. Por ello, consideramos que el blanqueo de "capitales" constituye, en definitiva, un acto de enmascaramiento realizado sobre bienes y valores diversos conducente a un favorecimiento personal. Desde este prisma, la Administración de Justicia, como bien jurídico protegido, parece incuestionable....". En: El delito de blanqueo en el Código Penal Suizo, accesible en [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t\\_20080528\\_50.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_50.pdf).

<sup>729</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág.78.

<sup>730</sup> En este sentido se puede afirmar que en Alemania, en lo que se refiere al aludido § 261 queda también protegida la Administración de Justicia estatal en su función de reparación y salvaguarda a la comunidad de hechos punibles ulteriores.

<sup>731</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág.79.

Del mismo modo ocurre en Italia, que regula el tema en los arts. *648 bis* y *648 ter* del Código penal considerando que la Administración de justicia es el objeto de tutela de la norma penal, resaltando la ayuda al autor de delitos mediante conductas de favorecimiento real. ABEL SOUTO, recuerda que en Italia ZANCHETTI reconoce la naturaleza pluriofensiva del reciclaje y sostiene que la Administración de Justicia prevalece sobre los diversos bienes jurídicos, pues el artículo *648 bis* del Código penal italiano tutela directamente «las investigaciones sobre la procedencia delictiva de los bienes: investigaciones a través de las cuales la Justicia pretende golpear a los autores de los delitos base»<sup>732</sup>. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ menciona que “en Italia, ANTOLISEI pone de manifiesto las similitudes existentes entre el favorecimiento real y el blanqueo, considerando que la Administración de Justicia es el bien jurídico protegido en ambos casos”<sup>733</sup>.

Comentando la evolución del precedente italiano previsto en el antiguo artículo *648 bis* del Código Penal FABIÁN CAPARRÓS recuerda que el desarrollo del tipo penal de blanqueo de las ganancias procedentes de actividades ilegales cuenta con una historia bastante breve, ya que “el primer ordenamiento que incorporó a su catálogo de delitos una figura relacionada de algún modo con el reciclaje de capitales fue el italiano. Tras ser aprobado por el Ejecutivo bajo la forma de Decreto-Ley, el Parlamento transalpino acordó en 1978 la inclusión en el Codice Rocco de un art. 648 bis destinado a castigar con las penas de prisión y multa a quienes realizaran «hechos o actos encaminados a sustituir dinero o valores procedentes de los delitos de robo agravado, extorsión agravada o secuestro de personas con finalidad extorsiva por otro dinero u otros valores, con el objeto de lograr un provecho propio o ajeno, o de ayudar a los autores de los citados delitos a asegurarse el provecho del delito». Derogado en 1990 tras casi una docena de años de limitada aplicación, quienes han estudiado el referido precepto aseguran que su entrada en vigor sirvió al interés político-criminal de establecer un instrumento destinado a intimidar a quienes pudieran plantearse la posibilidad de colaborar con los autores de los delitos allí citados en orden a facilitarles el pacífico disfrute de las ganancias ilícitas obtenidas a partir de los mismos”<sup>734</sup>.

---

<sup>732</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: El bien jurídico protegido..., op.cit. pág. 33 refiriéndose a ZANCHETTI, M.: Il riciclaggio di denaro proveniente da reato, Giuffrè, Milano 1977, pág. 388.

<sup>733</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 80.

<sup>734</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: El delito de blanqueo de capitales. Editorial COLEX, Madrid, 1998, pág. 185.

Esta concepción destacan los intereses del Estado en instrumentalizar el blanqueo como forma de prevenir delitos y preservar la persecución penal realizada por la Administración de la Justicia.

El mismo autor, señala que “en concreto, todo parece indicar que el legislador actuó en aquel momento bajo la conmoción social generada tras la comisión de una oleada de secuestros de personas, efectuados la mayoría de las veces con fines exclusivamente económicos —por lo general, a cargo de clanes mafiosos stricto sensu—, aunque también perpetrados en ciertas ocasiones por grupos terroristas —en este sentido, baste recordar el secuestro del dirigente democristiano Aldo Moro, producido el 16 de marzo de 1978, cuyo trágico desenlace tuvo lugar el 9 de mayo siguiente.”<sup>735</sup>

Este estado de cosas ha revelado que “el viejo art. 648 bis no fue otra cosa que un elemento más integrado en un vasto programa institucional destinado a evitar, de acuerdo a criterios preventivo-generales, la comisión de determinados delitos, pero también fue el punto de partida político-criminal al que responden la mayoría de las reformas penales que, en materia de blanqueo, se han producido en los distintos ordenamientos internos de todo el mundo; también ha sido el antecedente técnico-jurídico sobre el que, de modo consciente o inconsciente, se han construido muchas de las normas represoras del lavado de capitales aprobadas hasta hoy en Derecho comparado. En efecto, el Parlamento italiano, tan propenso a aprobar leyes penales especiales, optó en esta ocasión por incorporar el nuevo delito al Código, asumiendo con ello la responsabilidad de otorgar a esta nueva infracción un adecuado tratamiento sistemático. Así las cosas, el legislador apreció la estrecha vinculación existente entre el comportamiento que ahora se pretendía incriminar y la previa conducta de la que procedían las ganancias, llegando a la conclusión de que mediante la ejecución del primero se lograba el encubrimiento de la segunda —quien sustituye el producto económico procedente de un robo, de una extorsión o de un secuestro por otras utilidades económicas está ocultando las trazas de ese robo, de esa extorsión o de ese secuestro.”<sup>736</sup>

---

<sup>735</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: El delito de blanqueo..., op.cit. pág. 186.

<sup>736</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: El delito de blanqueo...pág. 187.

Dentro de este contexto ARÁNGUEZ SÁNCHEZ reafirma que el punto de vista de BLANCO CORDERO es coherente con la idea de que el Código Penal tutela prioritariamente la Administración de Justicia, y sólo de modo eventual el orden socioeconómico. Basando su razonamiento en el análisis del art. 301 Cp, según el cual se considera blanqueo la ocultación de cantidades de muy escasa cuantía, lo que demuestra es que el legislador ha querido centrarse en la acción encubridora (atentatoria contra la Administración de Justicia), y ha dejado en un segundo plano la lesión del orden socioeconómico, y además, y en el caso concreto de que se realice cualquier acto tendente a ayudar a los responsables del delito previo a aprovecharse de los bienes que obtuvieron con la realización de tal infracción, también habría que considerar, más allá del atentado a la Administración de Justicia, el mantenimiento de la lesión del bien jurídico previamente menoscabado por el delito previo<sup>737</sup>. Creo que tal postura es razonable, pues no excluye efectos que el delito de blanqueo ciertamente tiene.

En línea semejante PALMA HERRERA dice que el blanqueo de bienes mantiene una innegable proximidad a figuras delictivas como la receptación —el propio Código penal lo considera una figura afín a ésta— y el encubrimiento. Destacando los efectos que tiene el blanqueo sobre la persecución penal, afirma que “el verdadero sentido de este tipo de actividades es hacer posible el aprovechamiento de los bienes que un tercero hubiera conseguido mediante la comisión de un delito grave, para lo cual se llevan a cabo una serie de operaciones que, en caso de que el delito del que proceden esos bienes aún no haya sido descubierto, dificultarán notablemente su conocimiento por la autoridad y permitirán el aprovechamiento y disfrute de tales bienes. Y en el caso de que ese delito haya sido ya descubierto, sustraerán los bienes procedentes del mismo del alcance de la autoridad impidiendo su comiso y aplicación a la satisfacción de responsabilidades civiles. Tanto en un caso como en otro, al permitir el aprovechamiento de esos bienes, tales actividades estimularán la comisión de nuevos delitos, convirtiendo el crimen en fuente de recursos económicos, en una especie de «actividad laboral».” Por estas razones concluye que “los efectos sobre la Administración de Justicia parecen, pues, evidentes, lo que ha determinado que numerosos autores hayan puesto el acento en ésta como el único bien jurídico protegido

---

<sup>737</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 80.

en el blanqueo de capitales o como uno de los bienes que, junto a otro u otros, se tutelan en este delito”<sup>738</sup>.

### **H) La Administración de Justicia como un bien instrumental**

Entre los planteamientos acerca del papel que la Administración de Justicia frente a la teoría del bien jurídico considero que es importante y conveniente abordar el pensamiento de MOLINA FERNÁNDEZ cuando distingue la existencia de diferentes niveles en que se pueden organizar los bienes jurídicos.

Tal idea parte del presupuesto de que los bienes jurídicos son “realidades valiosas desde un punto de vista individual o social que la ley reconoce y protege” como algo esencial, tanto en sentido material) previo al derecho positivo y apto a limitarlo y dotarle de contenido) como teleológico-formal (orientado a captar el sentido de los tipos penales siendo una expresión condensada en la ley de lo que realmente se quiere proteger).

Esta realidad posibilita la existencia de diferentes niveles en los cuales se puede ubicar estas realidades valiosas. Entre los distintos ámbitos de organización en que se pueden situar los bienes jurídicos están los llamados *bienes jurídicos básicos* y los *bienes jurídicos instrumentales*.

Como explica MOLINA FERNÁNDEZ “hay diversos niveles en los que puede hablarse de realidad valiosa. Hay bienes que podríamos denominar básicos, que tienen valor en sí y no se explican por su relación con otros, y que en último extremo son bienes personales (de la persona en sus facetas individual y social) y otros que podríamos denominar derivados o instrumentales, porque su protección contribuye a crear las condiciones para la protección mediata de los bienes básicos”<sup>739</sup>.

---

<sup>738</sup> Cfr. PALMA HERRERA, J.M.: Los delitos de blanqueo de capitales. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Ed. EDERSA, 2000, págs. 284/285.

<sup>739</sup> Este autor manifiesta de esta manera su opinión: “En mi opinión, el concepto de bien jurídico debe construirse siempre tomando como referencia última los bienes personales básicos. En los tipos que presenten bienes instrumentales es imprescindible establecer la conexión de estos bienes con los básicos, cuya protección última es lo único que puede justificar la creación de un tipo penal. Ello tiene una gran importancia práctica de cara a delimitar la responsabilidad penal, y más concretamente a efectos de mantener la vigencia del principio de proporcionalidad, y se manifiesta en diversos ámbitos como la teoría del concurso —a fin de evitar la infracción del principio *non bis in idem*—, o en el *iter criminis* —la lesión del bien jurídico básico que se encuentra detrás es el punto final de la consumación material de cualquier delito contra bienes intermedios, lo que es esencial a efectos de dar entrada al desistimiento—. Cfr.: MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 97.



Aunque este autor afirme que el concepto de bien jurídico debe siempre constituirse tomando como referencia última los bienes jurídicos básicos<sup>740</sup> (opinión que no comparto pues creo que ciertos bienes de referencia, como los relacionados al orden socioeconómico pueden servir de punto de partida y núcleo central del bien jurídico) es cierto que esta clasificación es muy interesante pues posibilita comprender cuál es la función de ciertos valores desempeñan frente a la teoría del bien jurídico. De tal suerte, siguiendo sus propias palabras, la Administración de Justicia cumple este papel *instrumental*: “hay otros bienes instrumentales de carácter supraindividual, que deben ser también puestos en relación con los bienes directos personales que se encuentran detrás, pero en los que esta conexión aparece más difuminada, ya que suelen aludir a condiciones sociales cuyo mantenimiento es presupuesto de indemnidad para muchos bienes individuales, y en este sentido puede estar justificado dotarles de independencia, al menos en la denominación. La administración de justicia es un caso especialmente claro”<sup>741</sup>.

Siendo así al estudiar el papel que tiene la Administración de Justicia en el ámbito de la teoría del bien jurídico hay que considerar su carácter instrumental y de referencia a la protección de otros intereses, situación que conecta directamente con el delito de blanqueo de capitales, figura típica que está comprometida con la protección en segundo grado de los intereses que tiene el Estado en la correcta y efectiva persecución penal y aplicación de la ley.

---

<sup>740</sup> Así lo dice: “En mi opinión, el concepto de bien jurídico debe construirse siempre tomando como referencia última los bienes personales básicos. En los tipos que presenten bienes instrumentales es imprescindible establecer la conexión de estos bienes con los básicos, cuya protección última es lo único que puede justificar la creación de un tipo penal. Ello tiene una gran importancia práctica de cara a delimitar la responsabilidad penal, y más concretamente a efectos de mantener la vigencia del principio de proporcionalidad, y se manifiesta en diversos ámbitos como la teoría del concurso —a fin de evitar la infracción del principio *non bis in idem*—, o en el *iter criminis* —la lesión del bien jurídico básico que se encuentra detrás es el punto final de la consumación material de cualquier delito contra bienes intermedios”. Cfr.: MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 96.

<sup>741</sup> Además, afirma este autor que “hay otros bienes instrumentales de carácter supraindividual, que deben ser también puestos en relación con los bienes directos personales que se encuentran detrás, pero en los que esta conexión aparece más difuminada, ya que suelen aludir a condiciones sociales cuyo mantenimiento es presupuesto de indemnidad para muchos bienes individuales, y en este sentido puede estar justificado dotarles de independencia, al menos en la denominación. La administración de justicia es un caso especialmente claro. Pero no debe olvidarse que siguen siendo bienes jurídicos instrumentales, y que por ello los actos típicos deben interpretarse en función de su potencial lesividad para los bienes personales, y resolverse los posibles concursos tomando en consideración este hecho.” MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 99.

## **I) Las relaciones del blanqueo frente al delito previo y sus consecuencias sobre la definición del bien jurídico**

Una de las bases lógicas del delito de blanqueo es su vinculación con los delitos antecedentes. Es cierto que la realización de un acto de blanqueo implica necesariamente la realización anterior de otro ilícito, de un delito que origina la riqueza que se pretende aflorar a la economía legal. Este delito, llamado por algunos como “antecedente” o “delito previo” es un precedente lógico que remite a la idea de que el blanqueo es una conducta posterior que puede afectar idéntico bien jurídico<sup>742</sup>. Esta concepción tiene su origen remoto en la política-criminal derivada de los primeros documentos internacionales de lucha contra el narcotráfico que han permitido la aparición de los primeros tipos penales de blanqueo de capitales pensados justamente para combatir este tipo de criminalidad.

Existen relaciones entre el delito anterior y el delito de blanqueo, especialmente en lo que se refiere a los aspectos patrimoniales, pues dada la proximidad estructural del blanqueo con la receptación nos recuerda que en ella el contenido de injusto radica, fundamentalmente, en el mantenimiento de la situación patrimonial antijurídica creada a través de la infracción antecedente<sup>743</sup>.

Como destaca BLANCO CORDERO desde algunos sectores se defiende que el blanqueo de capitales afecta de algún modo al objeto tutelado por la norma cuya infracción genera los bienes (por ejemplo, el reciclaje de los bienes procedentes de los delitos de tráfico de estupefacientes supone un menoscabo, aunque sea indirecto, de la salud pública) y por consiguiente, de acuerdo con esta postura, el delito de blanqueo de capitales menoscaba el mismo bien jurídico ya lesionado por el delito previo. Este planteamiento entiende que “de esta manera, se estaría penalizando el blanqueo de

---

<sup>742</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ explica, además, que la consideración de que el blanqueo comparte el bien jurídico con el delito previo está sin duda muy influenciada por la “teoría del mantenimiento”, que se elaboró en el ámbito de la receptación, para explicar la autonomía de este delito en relación al encubrimiento, sobre la base de que la receptación mantiene o incrementa la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico que tutela el delito del que proceden los bienes. (en: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 82).

<sup>743</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal Español. Editora Bosch. Barcelona, 2005, pág. 36.

capitales como medio para reforzar la protección de un bien jurídico previamente vulnerado por el delito del que proceden los bienes”<sup>744</sup>.

Tomando por base la evolución histórica del concepto de bien jurídico en el ámbito del delito de blanqueo de capitales frente al tráfico de drogas se puede percibir con claridad la relevancia que anteriormente tenía la protección del bien jurídico anterior, en su caso, la salud pública<sup>745</sup>, aunque de forma mediata. De todas formas, la consideración del blanqueo como una figura vinculada a la protección de la salud pública ya no puede mantenerse, pues la configuración actual del artículo 301 del Código penal en la actualidad alcanza bienes procedentes de cualquier delito.

Lo que se puede decir es que la técnica de tipificación del blanqueo ha tenido un fin preventivo general, en la medida en que se pretende hacer desistir de su propósito al potencial delincuente al disminuir sus posibilidades de disfrutar del dinero de origen delictivo. La norma penal se aplica a quien blanquea dinero, pero en realidad va referida al autor del delito previo; se pretende la evitación del delito previo mediante la represión de comportamientos posteriores a éste. “Se reduciría así el peligro de menoscabo del bien jurídico tutelado por la infracción previa. En definitiva, se trataría de incidir en la

---

<sup>744</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 97. Afirma el autor: “Desde algunos sectores se defiende que el blanqueo de capitales afecta de algún modo al objeto tutelado por la norma cuya infracción genera los bienes. En este sentido, se afirma que el reciclaje de los bienes procedentes de los delitos de tráfico de estupefacientes supone un menoscabo, aunque sea indirecto, de la salud pública, y más cuando el blanqueo es parte del ciclo productivo de los estupefacientes, en la medida en que permite obtener recursos financieros para seguir con su producción. Desde esta postura, el delito de blanqueo de capitales menoscaba el mismo bien jurídico ya lesionado por el delito previo. En la doctrina española no se puede decir que sea esta una postura ampliamente asumida. Con todo, esta parece ser la opinión de Bajo/Bacigalupo. A su juicio, el blanqueo de capitales menoscaba, al igual que ocurre con el delito de receptación, el mismo bien jurídico que ha lesionado el delito del que proceden los bienes. Por eso, concluyen, si el delito previo es un delito contra la Hacienda Pública, el bien jurídico menoscabado tanto por el delito previo como por el de blanqueo es el erario público. Este autor concluye, con razón, que: “Esta postura es objeto de una acertada crítica, pues se hace recaer una pena sobre un sujeto distinto de aquel cuyo comportamiento se pretende evitar, modo de proceder que es altamente discutible, y que incluso puede ser contrario al principio de personalidad de las penas . Se ha señalado asimismo por Fabián Caparros que la tutela del bien jurídico tutelado por el delito previo no satisface las exigencias del principio de ofensividad, y podría dar lugar a una política criminal desordenada, ajena a la técnica legislativa más elemental” (op.cit, pág. 97)

<sup>745</sup> ABEL SOUTO menciona, que en el contexto de la legislación del pasado, BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO consideraban incorrecta la ubicación sistemática del artículo 546 bis f) entre los delitos patrimoniales, dado que el castigo de la receptación se fundamenta tanto en la promoción del delito base como en el incremento de la lesión del bien jurídico; a saber: la salud pública. Y que Con todo, la doctrina dominante, encabezada por VIVES ANTÓN, sostenía que el artículo 546 bis f) únicamente salvaguardaba la salud pública de manera mediata. ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal Español. Editora Bosch. Barcelona, 2005, pág. 38.

mente del potencial delincuente para infundirle la idea de que el delito «no compensa»<sup>746</sup>.”

Sin embargo, como señala ABEL SOUTO actualmente en nuestra doctrina nadie sostiene con carácter general que el bien jurídico tutelado por el hecho previo integre el bien directamente protegido por el blanqueo sino que atenta de modo mediato contra el objeto tutelado por el tipo de cuya vulneración derivan los bienes. Esta ofensividad que eventualmente puede sufrir el bien jurídico del delito anterior no llega a constituir una modalidad concreta de blanqueo y no justifica técnicamente esta confusión entre bienes jurídicos, aunque se pueda reconocer que la Administración de Justicia puede resultar afectada por el lavado de dinero<sup>747</sup>.

Creo que la finalidad del blanqueo no es la protección del delito previo pues ello representaría una mera simplificación de la política-criminal, y una inversión de objetivos, pasando la norma penal antiblanqueo a combatir los efectos y no las causas de la delincuencia<sup>748</sup>. Tal matización también viene de parte de BLANCO CORDERO al afirmar, con razón, que “esta postura es objeto de una acertada crítica, pues se hace

---

<sup>746</sup> Así lo explica BLANCO CORDERO (El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 196): “Por eso, concluyen, si el delito previo es un delito contra la Hacienda Pública, el bien jurídico menoscabado tanto por el delito previo como por el de blanqueo es el erario público”.

<sup>747</sup> Así se expresa ABEL SOUTO: actualmente en nuestra doctrina nadie sostiene con carácter general, a diferencia de en otros países, que el bien jurídico tutelado por el hecho previo integre el bien directamente protegido por el blanqueo, todo lo más se ha llegado a decir que el reciclaje atenta de modo mediato contra el objeto tutelado por el tipo de cuya vulneración derivan los bienes ', que «halla un injusto en sí mismo, y no sólo referido a una actividad delictiva previa», que protege «eventualmente el bien tutelado por el delito previo que haya generado el capital ilícito» o, finalmente, se mantiene que la muy concreta modalidad de adquirir, convertir, transmitir o realizar cualquier otro acto sobre los bienes con el fin de auxilio complementario, contenida en el apartado primero del artículo 301, lesiona tanto el bien jurídico de la infracción antecedente como la Administración de Justicia . Obviamente, el blanqueo lleva a la fase de agotamiento el delito del que proceden los bienes, pues facilita la consecución del móvil criminal, lo cual fomenta la comisión de la actividad ilícita de referencia ". Tampoco cabe desconocer que la ocultación del origen delictivo afecta indirectamente al bien jurídico de la infracción base, dado que beneficia a los autores del delito antecedente al dificultar la persecución de la que son objeto por parte del Estado. Mas ello no significa que el blanqueo carezca de un injusto propio y que tenga que buscarlo en el hecho previo.” Así en “El delito de blanqueo en el Código Penal Español”..., op.cit. pág.31.

<sup>748</sup> Nuevamente, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ bien ilustra esta crítica frente al delito de tráfico de drogas: “entender que la salud pública es el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de las ganancias obtenidas por el narcotráfico significa que el Derecho penal se ve abocado a alterar su estrategia, centrándose en el efecto en lugar de la causa. Decimos esto porque si se entiende que el blanqueo no sirve sino como complemento de los tipos penales que dan una respuesta eficaz a la represión del tráfico de drogas, la punibilidad del blanqueo podría cuestionarse en base al carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. De este modo, la idea de que el blanqueo lesiona el mismo bien jurídico que el tráfico de drogas se basaría únicamente en la convicción de que el narcotráfico se encuentra fuertemente incentivado por el enorme lucro que genera, de tal modo que la introducción de sus ganancias en la economía legal no es sino la etapa final de un ciclo que comienza con el cultivo y elaboración de las drogas. Por todo ello, la intención de combatir el narcotráfico podrá ser la *ratio legis* que motivó al legislador a incriminar el blanqueo, pero no el bien jurídico del delito de blanqueo.”

recaer una pena sobre un sujeto distinto de aquel cuyo comportamiento se pretende evitar, modo de proceder que es altamente discutible, y que incluso puede ser contrario al principio de personalidad de las penas. Se ha señalado asimismo por Fabián Caparros que la tutela del bien jurídico tutelado por el delito previo no satisface las exigencias del principio de ofensividad, y podría dar lugar a una política criminal desordenada, ajena a la técnica legislativa más elemental.”<sup>749</sup> También pienso que la punibilidad del autor del blanqueo de capitales por motivo del delito antecedente (bajo el enfoque del bien jurídico) puede ser una violación del principio de personalidad de la pena<sup>750</sup>.

## **J) La Administración de Justicia: significado en el ámbito del bien jurídico**

Al precisar el sentido de la expresión Administración de la Justicia como bien jurídico PALMA HERRERA subraya en concreto, que no se debe entender la organización de la justicia, esto es, el Poder Judicial, sino la *función judicial*, la función de administrar correctamente la justicia. Sin embargo el grado de abstracción que el concepto de Administración de Justicia ofrece es considerable. Este autor destaca que la Administración de Justicia, como por ejemplo en el orden socioeconómico, no puede servir por sí mismo como bien jurídico objeto de protección, sino que se trata de un concepto vago y abstracto que hay que llenar de contenido<sup>751</sup>. Pienso que esta definición es relevante pues conduce a la idea de que la administración es un *instrumento*

---

<sup>749</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 197. Comentando las confluencias del blanqueo con la cuestión del problema de las drogas, este autor subraya la necesidad de distinción de sus bienes jurídicos: “El delito de blanqueo de capitales no ha de dirigirse a la protección de la salud pública, desde el punto de vista de la lucha contra la criminalidad relacionada con las drogas, ya que sería un bien jurídico excesivamente restrictivo” (op.cit., pág. 215).

<sup>750</sup> Sobre este aspecto ABEL SOUTO, dice que siempre que se considere que ‘la norma sin duda se aplica al “blanqueador”, pero realmente está en juego el autor previo’ resultaría quebrantado el principio de personalidad de las penas, por cuanto que se castigaría a un sujeto distinto de aquél cuya conducta desea prevenirse.” (en El delito de blanqueo en el Código Penal Español. Editora Bosch. Barcelona, 2005, pág.37)

<sup>751</sup> PALMA HERRERA expresa su opinión, conectando el tema con los delitos socioeconómicos: “Por Administración de Justicia, como bien jurídico protegido en el delito de encubrimiento, no debemos entender la organización de la justicia, esto es, el Poder Judicial, sino la función judicial, la función de administrar correctamente la justicia, pues como señaló en su momento Puig Peña, para la protección de lo que era organización judicial ya estaban los artículos 199 y 380 del Código penal. Con la Administración de Justicia entiendo que ocurre lo mismo que con el orden socioeconómico, que no puede servir por sí mismo como bien jurídico objeto de protección, sino que se trata de un concepto vago y abstracto que hay que llenar de contenido. Así, como requisito para la buena marcha de esa función judicial se encuentra el deber de no obstaculizar el funcionamiento de la Administración de Justicia haciendo posible el descubrimiento de los delitos, la persecución y condena del delincuente, que es lo que se dificulta, precisamente, con la realización de actos de blanqueo cuando el delito no ha sido descubierto y el delincuente condenado. Éste es el contenido que tradicionalmente se ha asignado a la Administración de Justicia como bien jurídico. El artículo 301 no exige, sin embargo, en ninguno de sus números, que el delito previo permanezca aún sin descubrir y el delincuente sin condenar.” Así en “Los delitos de blanqueo”..., op.cit., pág. 282.

*funcional*, un servicio público prestado por el Estado, que cumple el objetivo de hacer concreta la justicia. Comentando la postura de PALMA HERRERA sobre la materia BLANCO CORDERO confirma que este autor “considera que el bien jurídico protegido es el orden económico, en este caso el tráfico lícito de bienes, y la Administración de Justicia en su concreta función *de prevención y represión* de delitos.”<sup>752</sup>

A su vez, MOLINA FERNÁNDEZ, al hablar de los efectos que el blanqueo de dinero tiene sobre la economía subraya los *aspectos preventivos* del tipo penal de blanqueo de capitales recordando que “ciertos hechos delictivos —y el tráfico de drogas organizado y a gran escala o el de armas son paradigmáticos en este sentido— generan tales cantidades de dinero que una parte de la lucha eficaz contra ellos consiste precisamente en hacer desaparecer o reducir ese incentivo. Como el uso del dinero en grandes sumas requiere su legalización, el delito principal sólo es económicamente atractivo si el dinero se puede legalizar. La existencia de blanqueadores profesionales, igual que la de receptadores profesionales, allana el camino del delito. Su efecto es muy similar al de los actos de participación (psíquica) en sentido estricto que consiste en prometer ayuda posterior para eludir la justicia, favoreciendo con ello su comisión, sólo que en este caso la decisión del autor no se basa en la promesa expresa de otro —participación en sentido estricto—, sino en la existencia previa de un *mercado* en el que puede obtenerse con facilidad el apoyo postdelictivo —participación en sentido amplio de los que gestionan ese mercado—. En el blanqueo, la coordinación de actos entre el delito base y el de blanqueo tiene carácter genérico: este último crea un mercado público que favorece la comisión de los delitos de los que procede el dinero blanqueado al ofrecer a sus autores una expectativa más que razonable de poder lucrarse con su hecho. En cuanto a lo segundo, la legalización del dinero procedente del delito comporta que pueda ser *reinvertido* en la comisión de nuevos delitos. Una parte sustancial del dinero generado por el tráfico sirve para reinvertirlo en nuevas operaciones”.

MUÑOZ CONDE reafirma este aspecto preventivo del delito de blanqueo al recordar que “la razón última de la creación del nuevo delito de blanqueo más allá de la receptación sería, pues, doble: por un lado, desalentar la comisión de delitos que generan grandes ganancias (narcotráfico, delito fiscal, fraudes financieros, cohecho);

---

<sup>752</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 205.

por otro, evitar que el blanqueo pueda servir de "tapadera", es decir, encubrir el delito originario, evitando o dificultando su investigación y persecución"<sup>753</sup>.

Por lo tanto, es posible afirmar que la Administración de Justicia se ve afectada y es lesionada por el blanqueo de dinero cuyas operaciones financieras dificultan o impiden que el responsable de un delito previo sea perseguido y responsabilizado personalmente y patrimonialmente.

El análisis del tema por parte de VIVES ANTÓN<sup>754</sup> y SILVA SÁNCHEZ<sup>755</sup> acerca del bien jurídico del delito de blanqueo de capitales pone en evidencia la función de protección mediata de la Administración de Justicia, especialmente en el campo de la lucha contra el narcotráfico. Tal postura es semejante a la defendida por FABIÁN CAPARROS cuando afirma que las operaciones de blanqueo vulneran intereses de la Administración de Justicia<sup>756</sup>. Sobre el tema, este autor subraya que las conductas que el blanqueo de dinero desarrolla en el sentido de ocultar la procedencia de capitales delictivos tienen un componente de actividad encubridora y por lo tanto también afectan a intereses de la Administración de Justicia. El blanqueo, en este sentido, es una actividad que tiene como consecuencia una mayor dificultad en la persecución penal, afectando el trabajo de las fuerzas policiales, fiscales y jueces, de manera a tornar más difícil el trabajo del sistema de justicia.

Una visión panorámica de la cuestión indica que buena parte de la doctrina penal española reconoce que el artículo 301 no está destinado tan solo a proteger la Administración de Justicia, aunque este bien jurídico pueda ser considerado como ofendido por las actividades de blanqueo de capitales.

Analizando este aspecto BLANCO CORDERO afirma que, con base en la naturaleza jurídica del artículo 301 CP, concluye que el bien jurídico predominantemente protegido es la Administración de Justicia<sup>757</sup>. Sin embargo, este autor realiza un análisis estructural del tipo penal del artículo 301, para llegar a la

---

<sup>753</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 160.

<sup>754</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, T. S.: en el mismo autor/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLES CUSSAC, J. L., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 805.

<sup>755</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M.: La receptación específica, en COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)* tomo XII, Edersa, Madrid, 1990, págs. 479-500.

<sup>756</sup> Cfr. FABIÁN CAPARROS, E. A., «Consideraciones de urgencia...», cit., pp. 612 y 613.

<sup>757</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo..., op.cit. pág. 173.

conclusión de que la Administración de Justicia se ve afectada por las actividades de blanqueo, pero hace una salvedad en cuanto a la posibilidad de que también se vea afectado el orden socioeconómico.

Así se expresa BANCO CORDERO respecto de este tema: “la cuestión principal reside en la exégesis del primer inciso del n. 1 del art. 301 CP. A nuestro juicio, la nueva redacción del precepto castiga dos conductas distintas: por un lado, la realización de actos indeterminados tendentes a la ocultación, encubrimiento o auxilio y, por otro, la adquisición, conversión, posesión, utilización y transmisión de bienes con conocimiento de que derivan de un delito, sin importar la finalidad que guía al blanqueador. El primer grupo de conductas han de realizarse para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos. El segundo grupo de conductas, esto es, la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, no es, a nuestro juicio, un delito contra la Administración de Justicia. Con ellas no se está evitando que la administración de justicia descubra unos hechos delictivos que han generado beneficios. En realidad, se está tutelando el orden socioeconómico. En definitiva, una interpretación acorde con la naturaleza jurídica del art. 301 nos permite concluir que se trata de un delito pluriofensivo, cuya realización menoscaba la Administración de Justicia y el orden socioeconómico”.

Esta postura comunica con los planteamientos que afirman que de cierto modo el blanqueo de bienes constituye un atentado contra el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, lo que revela su innegable parecido con el delito de encubrimiento.

Escribiendo sobre el tema MUÑOZ CONDE afirma el blanqueo afecta a esta importante actividad del Estado<sup>11</sup> así como señala VIDALES RODRÍGUEZ para quien las actividades de conversión y ocultación de bienes o transferencia y transformación de bienes constituyen conductas típicas del blanqueo que guardan semejanza con el encubrimiento y por consiguiente afectan enormemente los intereses de la



Administración<sup>758</sup>. Por su vez, VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC subrayan que la circunstancia del legislador destacar que la realización de cualquier acto para encubrir el origen ilícito de los bienes o con el fin de auxiliar a los responsables de la infracción antecedente representa una señal de que el blanqueo también tiene una naturaleza encubridora que efectivamente acaba por lesionar la Administración de Justicia<sup>759</sup>.

También inciden sobre esta cuestión aspectos de prevención. Sobre esta preocupación por la función preventiva, PALMA HERRERA subraya que es necesario determinar si la idea de prevención constituye una manifestación más de lo que es el funcionamiento de la Administración de Justicia, de manera que ésta se vea afectada también en este aspecto por las actividades de blanqueo, o si la Administración de Justicia carece de una función preventiva, en cuyo caso prevenir la comisión de futuros delitos sólo podría ser el fin último perseguido por el legislador con la incriminación de las conductas de blanqueo, fin último que no puede ser confundido con el propio bien jurídico<sup>760</sup>. Este objetivo se asienta en la idea de que el blanqueo cumple la función de desbaratar las organizaciones criminales en su aspecto económico, permitiendo que las autoridades puedan identificar los vestigios de pruebas capaces de relacionar cierto patrimonio de origen ilícito y que pueda estar a disposición de grupos que, de una manera u otra, pueden infligir sensación de inseguridad en la sociedad, como es el caso del crimen organizado.

A propósito de la tesis de PALMA HERRERA, y sobre este aspecto preventivo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ recuerda que con esta tesis han venido a coincidir sustancialmente otros autores que afirman que el blanqueo no protege un bien jurídico autónomo, sino que se limita a completar la función de la pena prevista para los delitos graves, lo que a su juicio puede resumirse aludiendo al bien jurídico "*administración de*

---

<sup>758</sup> Cfr. VIDALES RODRIGUEZ, C., Los delitos de receptación y legitimación..., cit., pp. 90 y 92; de la misma autora, El delito de legitimación..., cit., pp. 3, 27, 28 y 46; de la misma autora, «Los delitos socioeconómicos...», cit., pp. 349 y 350. Esta autora subraya también que la lesión del orden socioeconómico es un medio para realizar la conducta legitimadora de capital, puesto que la comisión del delito se realiza a través de mecanismos como la evasión de capitales, sociedades ficticias, falsificación de documentos, etc, extraordinariamente lesivos para ese bien jurídico. Además el blanqueo compromete la transparencia del sistema financiero, poniendo en peligro el normal desarrollo del tráfico comercial, pero el más grave atentado se produce contra la Administración de Justicia, ya que las conductas de blanqueo no son sino comportamientos tendentes a la ocultación del origen ilícito de los bienes, y, en ningún caso, se exige que el blanqueo lesione simultáneamente ambos bienes jurídicos: Administración de Justicia y orden socioeconómico (en este sentido ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 91).

<sup>759</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, T. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coords.) en Comentarios al Código penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, T. II, Valencia, 1996, pág. 1464.

<sup>760</sup> Así: PALMA HERRERA, J.M.: Los delitos de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 294.

*justicia en su dimensión preventiva*". De tal suerte, esta caracterización del blanqueo posee la ventaja de permitir eliminar toda duda sobre la legitimidad de su punición, así como la de posibilitar una adecuada capacidad de restricción del tipo, evitando al propio tiempo caer en la "trampa dogmática" de los delitos de acumulación<sup>761</sup>.

Tal aspecto ha sido debatido con relación al delito de omisión del deber de impedir determinados delitos y que ha retomado como única forma de poder conectar el auxilio complementario con el bien jurídico Administración de Justicia. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, comentando la postura del Tribunal Supremo de España recuerda que el entendimiento jurisprudencial en el sentido de que la Administración de Justicia no tiene entre sus fines prevenir la comisión de actividades delictivas, función que correspondería a la policía, sino que su función es sólo la represión de las actividades delictivas ya cometidas<sup>762</sup>.

LUZÓN PEÑA a pesar de reconocer que la misión de evitar los delitos encaja dentro del objetivo estatal de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana – función que por lo que dice la Constitución española cabe a las fuerzas de seguridad como policía gubernativa – ya en el pasado afirmaba que “no es menos cierto que nuestro ordenamiento jurídico también reconoce en numerosas ocasiones una finalidad preventiva a las actuaciones de la Administración de Justicia, como ocurre con la prisión provisional, la imposición de penas, de medidas de seguridad, etc”<sup>763</sup>.

De todas formas, es correcta la afirmación de PALMA HERRERA dice que “el concepto de Administración de Justicia empleado por el Código penal de 1995 no se corresponde con una visión rigurosamente conceptual de la misma, sino que es lo suficientemente amplia e imprecisa como para admitir la vinculación con la prevención de delitos”, y que “a la luz de tales planteamientos, debe concluirse que, efectivamente, puede predicarse la existencia de una función preventiva de la Administración de Justicia. Esa función se desprendería, además, tanto de la actuación de la policía judicial en lo que se refiere a prevención y persecución de delitos y aseguramiento de

---

<sup>761</sup> Cfr.: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa..., op.cit. pág. 594.

<sup>762</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo? En “Comentario a la STS, Sala 2ª, de 8 de octubre de 1991”, C. Poder Judicial, (24), 1991, p. 209.

<sup>763</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, D.M.: Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de la Justicia. En “La reforma Penal y Penitenciaria”. Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pág. 799.

delinquentes, como de las propias medidas que deben aplicarse en lo que es el ejercicio ordinario de la Administración de Justicia: imposición de penas y medidas de seguridad que desempeñan una innegable función preventiva; comiso de los instrumentos y de las ganancias del delito que también cumplen la misma función; imposición de medidas como la clausura de la empresa, la suspensión o prohibición de sus actividades; la prisión preventiva —que no sólo tiene como función impedir la huida, sino también evitar la comisión de nuevos actos delictivos—, etc. La función preventiva vendría dada, pues, por la aplicación de la ley, que es la que contempla este tipo de medidas, con lo que encontraría el necesario reconocimiento constitucional —desde una perspectiva constitucionalista del bien jurídico al desprenderse del sometimiento de Jueces y Tribunales al imperio de la Ley<sup>764</sup>.

Ante a tales aspectos, creo que no se puede dejar de considerar que la Administración de Justicia tiene una faceta preventiva que está conectada con la esencia y razón de ser del delito de blanqueo de capitales de suerte que tal fenómeno criminal puede afectar intereses en este importante servicio estatal.

Ello lo ilustra muy bien PALMA HERRERA al recordar que “cuando un individuo comete un delito de blanqueo y favorece o posibilita el aprovechamiento de las ganancias de procedencia delictiva, no hace sino estimular la comisión de nuevos delitos con lo que lesiona el bien jurídico Administración de Justicia en su dimensión preventiva; y cuando un sujeto transmite un bien de procedencia delictiva grave con el fin de que su titular no sea vinculado con el delito del que procedía, quizás no esté incentivando la comisión de nuevos delitos, pero estará lesionando, sin duda, la Administración de Justicia en su función de persecución de la delincuencia.”<sup>765</sup>

Esta postura es contextualizada por MUÑOZ CONDE cuando afirma que “las dificultades que sobre todo a partir de la reforma del 2003 tiene considerar que el bien jurídico protegido en el blanqueo es el orden socioeconómico o algunas de las instituciones que lo integran, un sector doctrinal se ha inclinado por considerar que se trata de un delito contra la Administración de Justicia, y esto es lo que explicaría su autonomía y la posibilidad de que puedan cometerlo tanto el que intervino en el delito previo, como el que sin haber intervenido en el mismo realiza cualquier acto para

---

<sup>764</sup> Cfr. PALMA HERRERA, J.M.: Los delitos de blanqueo de capitales..., op.cit. págs. 295-296.

<sup>765</sup> Cfr. PALMA HERRERA, J.M.: Los delitos de blanqueo de capitales..., op.cit. págs. 295-296.

ocultar o encubrir el origen delictivo de las ganancias o ayuda a la persona que ha participado en el delito previo a eludir las consecuencias legales (de esta opinión, por ejemplo, Palma Herrera, quien afirma que el bien jurídico protegido es “la Administración de Justicia en su función preventiva”)<sup>766</sup>.”

Sin embargo, estas posturas pueden estar sujetas a críticas por argumentos en el sentido de que la Administración de la Justicia ya se encuentra de cierto modo protegida por el encubrimiento. En efecto, tener la Administración de la Justicia como el bien jurídico del blanqueo implica, en una visión limitada del espectro de bienes, que este tipo de delito puede afectar y que son claramente distintos y muy diversos de los intereses que este servicio público desempeña. En otras palabras el hecho de que el blanqueo afecte a la Administración de la Justicia no agota el abanico de otros intereses (en su gran mayoría de fondo económico) que son igualmente afectados por operaciones ilícitas de conversión y ocultación de bienes ilegales relacionados con delitos antecedentes. Hay que tener en mente también que el encubrimiento que se realiza por medio de actividades típicas de lavado de capitales no tiene porqué ser más grave o incluso tener mayor reproche que otras formas de encubrimiento que pueden ser en el caso concreto más impactantes.

Son interesantes en este sentido los planteamientos de Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, para quien la “administración de justicia”<sup>767</sup> es un bien jurídico instrumental y muy difícil de precisar.

Sobre la relación entre el blanqueo y la Administración de Justicia, es muy interesante y completa la postura de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ. Desde su punto de vista (que comparto también pues creo que el lavado de dinero puede afectar a tal bien jurídico también) es evidente que el blanqueo de bienes de ilícita procedencia puede

---

<sup>766</sup>Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 165.

<sup>767</sup> Con minúsculas conforme explica el autor: “Sin embargo, una vez más, nos encontramos aquí ante un bien eminentemente *instrumental* y difícil de precisar. Creo que hay básicamente dos aspectos a considerar. Por un lado la *Administración (con mayúscula) de justicia*, entendida como la parte de la organización administrativa encargada de administrar justicia, y otra la *administración (con minúscula) de justicia*, entendida como la correcta (acorde a la ley) solución de controversias jurídicas. Muy pocos delitos de los incluidos en el título dedicado a la Administración de justicia afectan realmente a lo primero, esto es, a los intereses económicos y de eficacia en la gestión referidos a la puesta en marcha inadecuada de un procedimiento judicial. Éste es el interés propio de la simulación de delitos (art. 457), y en la acusación y denuncia falsa contribuye a marcar la diferencia con la calumnia y la injuria. Los demás delitos del título afectan a lo segundo, a la administración de justicia en sí, pero la justicia no es más que un término que aúna las diferentes soluciones justas a los diferentes conflictos que afectan a todo tipo de bienes. Si bien se observa, se trata de un bien que, en la clasificación antes examinada, es marcadamente instrumental. Su indemnidad es condición para preservar distintos bienes personales.”

entorpecer la detección del ilícito previo por los órganos encargados de la persecución de tales delitos y, al mismo tiempo, dificulta el comiso de esos bienes por parte del Estado, y por tanto, “en determinadas ocasiones el blanqueo de capitales lesiona incidentalmente la Administración de Justicia”.

No obstante, este autor matiza su postura al afirmar que la Administración de Justicia no es el interés tutelado prioritariamente por el blanqueo, por algunas razones concretas: En primer lugar porque el blanqueo no siempre afecta al descubrimiento del delito previo, o al comiso del producto de un delito (como en los casos de delitos cometidos en el extranjero fuera de la jurisdicción local) y porque el blanqueo es punible pese a que el autor del delito previo sea irresponsable o estuviera exento de pena, situación en que no se lesiona la Administración de Justicia. En segundo lugar, la Administración de Justicia no puede figurar como único bien jurídico por los diferentes tratamientos jurídicos que inciden sobre los delitos de encubrimiento (por ejemplo la previsión de excusa absolutoria entre parientes). Por fin argumenta que no se explica la razón por la cual la pena del blanqueo siempre es más severa que la del encubrimiento<sup>768</sup>. En definitiva, concluye que “las conductas de blanqueo no tienen una naturaleza esencialmente encubridora, sino que ese favorecimiento, que efectivamente se produce en algunas ocasiones, tiene un carácter accidental, en cuanto que sólo es resultado inevitable de la realización del interés principal del blanqueador, que es la incorporación de los bienes a la economía legal. Por ello, incidir únicamente en la ocultación de la procedencia del bien supone centrarse en un aspecto muy puntual, que no agota la totalidad del fundamento de la lucha contra el blanqueo. Así, el conocimiento de la realización del delito previo sólo debe ser un elemento del blanqueo, pero ello no implica que exista voluntad de encubrir, sino que, al igual que en la receptación, el blanqueador sólo oculta el origen del bien con el ánimo de integrarlo en el mercado como si de un bien lícitamente obtenido se tratase”<sup>769</sup>. En este sentido insiste que “en que todo lo dicho no obsta para considerar que el blanqueo de las ganancias del delito previo no pueda dificultar la averiguación del delito previo, pues el blanqueo es un delito de referencia, criminalidad de segundo grado, en el sentido de que depende de

---

<sup>768</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 95.

<sup>769</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 96.

la comisión de otro delito previo, pero no por ello debemos concluir que la Administración de Justicia sea el bien jurídico tutelado”<sup>770</sup>.

En conclusión, como describe BLANCO CORDERO, existe un importante sector de la doctrina que reconoce ser la Administración de Justicia el bien jurídico afectado por el blanqueo de capital. Sin embargo, este autor destaca que “ciertos autores ponen el acento del menoscabo del delito de blanqueo de capitales en la Administración de Justicia, evidenciando además los efectos perniciosos que se derivan de estos comportamientos para el orden socioeconómico<sup>771</sup>. En este sentido Vidales Rodríguez<sup>772</sup> entiende que el blanqueo menoscaba el orden socioeconómico, pero el ataque fundamental recae sobre la Administración de Justicia.”<sup>773</sup>

Entiendo que, entre los autores que tratan el tema, la postura de PALMA HERRERA es muy específica, y define con precisión la postura que opina que la Administración de la Justicia es un bien jurídico protegido frente a ataques originados por el blanqueo de capitales. Argumenta este autor que por “Administración de Justicia” como bien jurídico protegido en el delito de encubrimiento, no debemos entender la organización de la justicia, esto es, el Poder Judicial, sino la función judicial, la función de efectivamente, descubierto, y su autor incluso perseguido y condenado, de manera que la Administración de Justicia no siempre se vería afectada por las actividades de blanqueo en ese contenido normal u ordinario que se le ha venido atribuyendo. En consecuencia – concluye este autor – que “obstaculiza el buen funcionamiento de la Administración de Justicia quien realiza actos que impiden o dificultan el descubrimiento, persecución y castigo de delito y delincuente; quien, paralelamente, o con posterioridad a ese descubrimiento, persecución y castigo, realiza actos que tienen por objeto desvincular las ganancias de procedencia delictiva, del responsable del delito; y quien realiza actos que, sin desvincularlas de los responsables del delito previo, las

---

<sup>770</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 96.

<sup>771</sup> Matizando la cuestión MUÑOZ CONDE afirma que en determinadas situaciones “se hace difícil entender que un bien jurídico tan genérico como el de la Administración de Justicia pueda exigir una extensión tan desmesurada de la punibilidad, y por ello incluso admitiendo que también la Administración de Justicia en su función preventiva (o simplemente investigadora y perseguidora de los hechos delictivos) constituye una de las razones de la incriminación del blanqueo, debe realizarse una interpretación restrictiva del tenor literal del art. 301 que, igual que sucede en relación con los bienes jurídicos de carácter económico también cuestionados por el blanqueo, reduzca su ámbito de aplicación a supuestos verdaderamente graves que vayan más allá de lo adecuado social o profesionalmente.” MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 167.

<sup>772</sup> Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C.: Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995, Valencia, 1997.

<sup>773</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 205.

ocultan haciéndolas inalcanzables para las autoridades, impidiendo su comiso, en definitiva”<sup>774</sup>. Esta concepción tiene una amplitud que parece acertada y define con un mayor grado de detalles el contenido del objeto de protección de la norma penal.

Los criterios indicados por PALMA HERRERA destacan que ámbito de protección que el blanqueo de capitales puede ejercer sobre la Administración de Justicia es amplio y puede afectar muchos aspectos relevantes: a) el descubrimiento del delito; b) la persecución penal; c) el castigo del delincuente d) el comiso de bienes; e) la prevención del delito como instrumento del bien jurídico; f) la seguridad interior del Estado<sup>775</sup>.

### **K) El aspecto pluriofensivo del delito de blanqueo y sus reflejos sobre el bien jurídico protegido**

La actual política-criminal en relación al delito de blanqueo, y los modelos legislativos originados en las normativas internacionales que se fueron expandiendo de manera exponencial en las últimas décadas influenciando la legislación de la mayoría de los países, autoriza la afirmación de que estamos delante de una conducta *pluriofensiva* que afecta distintos intereses y bienes jurídicos<sup>776</sup>.

Esta pluriofensividad no afecta solo el orden socioeconómico como bien jurídico principal, sino que puede afectar a otros intereses, relacionados con la economía<sup>777</sup> o no con la economía<sup>778</sup>. Como describe BLANCO CORDERO “en opinión de un sector doctrinal el blanqueo de capitales se presenta como un «delito pluriofensivo», pues en la realidad menoscaba de modo simultáneo distintos bienes jurídicos, como la eficacia de la Administración de Justicia, el orden socioeconómico, la transparencia del sistema

---

<sup>774</sup> Cfr. PALMA HERRERA, J.M.: Los delitos de blanqueo de capitales. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Ed. EDERSA, pág. 287.

<sup>775</sup> Tales aspectos están muy detallados en su obra “Los delitos de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 287 a 297.

<sup>776</sup> Sin embargo, es cierto que la pluriofensividad ha sufrido críticas por parte de la doctrina. Como destaca ARÁNGUEZ SÁNCHEZ : “consideramos preferible señalar un único interés que cumpla la misión de justificar la intervención penal porque, como pone de manifiesto BOTTKE, la superposición de diversos objetos de protección dentro del delito de blanqueo, siendo éstos heterogéneos, supone una mezcla contraproducente para la seguridad jurídica.” Así ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág... 102. La referencia a BOTTKE está relacionada a su artículo “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania” publicado en la Revista Penal España (nº 2, Editorial Praxis, coordinada por Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, año, 1998, pág. 13).

<sup>777</sup> Como la libre competencia, la normalidad del sistema financiero, etc.

<sup>778</sup> Como la Administración de Justicia, el bien jurídico representado por el delito anterior, etc.

financiero, la legitimidad de la actividad económica, e incluso, en un plano sumamente mediato, la incolumidad de la salud pública”<sup>779</sup>.

Sobre este aspecto, como afirma ABEL SOUTO, “todas estas objeciones nada significan si se contempla el blanqueo desde una perspectiva pluriofensiva, considerando que junto a la Administración de Justicia también se protegen otros bienes jurídicos, como conciben este fenómeno gran parte de los autores mencionados en el texto. Efectivamente, a nuestro juicio, el carácter *pluriofensivo* del blanqueo convierte en insuficiente la tutela que el artículo 451 brinda contra los mentados comportamientos, ofrece una visión global del proceso que nos ocupa, permite abarcar valores ajenos a la Administración de Justicia y perfecciona la toma en consideración del correcto funcionamiento del aludido servicio público, que no resulta superada, sino completada. Finalmente, la pluriofensividad explica, sobradamente, la punición del blanqueo, pues su mayor contenido de injusto en comparación con el encubrimiento radica, precisamente, en la pluralidad de bienes jurídicos afectados, la cual fundamenta el incremento de la pena, exige la tipificación autónoma de estas conductas y da cabal respuesta tanto a la inexistencia de una exención penal para los que blanqueen capitales delictivos de parientes y asimilados, como a la inaplicación del privilegio de autoencubrimiento o a la no concurrencia de limitaciones penológicas”<sup>780</sup>. Y concluye que, “en suma, creemos que el tipo penal español contra el blanqueo, igual que los preceptos relativos al reciclaje de los mencionados sistemas jurídicos, ampara la Administración de Justicia. Mas ésta no representa, en nuestra opinión, el único bien jurídico tutelado. Es por ello por lo que se impone la búsqueda de otros posibles valores dignos de protección que permitan la convivencia humana”.

Esta es una postura también defendida por ABEL SOUTO, que se muestra firme en sostener que el delito de blanqueo de dinero posee un carácter pluriofensivo, puesto que las conductas descritas en el artículo 301 de nuestro Código penal protegen el correcto funcionamiento tanto de la Administración de Justicia como del tráfico económico y financiero legal, entendiéndose éste cual concreción del orden socioeconómico. Es interesante su planteamiento pues este autor habla de “configuraciones pluriofensivas” en la medida en que identifica en su ámbito de

---

<sup>779</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 204.

<sup>780</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: El bien jurídico protegido..., op.cit. pág. 32.



protección diferentes aspectos que pueden ser afectados por el delito<sup>781</sup>. No obstante, a la hora de delimitar el carácter pluriofensivo de un tipo penal entiende ser irrelevante considerar la distinción entre el bien jurídico inmediato y mediato argumentando que únicamente debe atenderse a los bienes jurídicos directa o inmediatamente protegidos, de suerte que el artículo 301 del Código Penal sería un delito que tutela directamente tanto la “Administración de Justicia” (en su función de averiguación, persecución y castigo de los delitos) como el “orden socioeconómico” (así considerado como la licitud de los bienes en el tráfico financiero y económico legal)<sup>782</sup>.

De todas formas, los caminos indicados por Doctores como ABEL SOUTO y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ-BUJÁN nos parecen adecuados y correctos para la interpretación de la cuestión del bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales.

La *pluriofensividad* es una característica necesaria de este tipo de delincuencia y resulta coherente con la propia complejidad del blanqueo de capitales, que en las últimas décadas ha ampliado sensiblemente su ámbito de acción y ha multiplicado sus efectos dañinos sobre las estructuras económicas de diversos países, contaminando no solo los mercados pero también enfrentando los intentos de los aparatos judiciales y fuerzas policiales en controlar este tipo de criminalidad.

En este sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ se posiciona notablemente a favor de la protección del orden socioeconómico frente a los daños que el blanqueo puede producir sobre la Administración de Justicia. En este sentido, recuerda que VIVES

---

<sup>781</sup> El estado de la cuestión en la doctrina es así descrito por ABEL SOUTO en su monografía del año 2005, y esta configuración general de la doctrina no ha cambiado mucho desde entonces, razón por la cual la tomamos por base también, al lado de las referencias más recientes que hicimos acerca de la descripción elaborada por MARTÍNEZ-BUJÁN (en la nota anterior). Dice ABEL SOUTO: “En primer término, cabría mencionar a aquellos que comienzan afirmando la pluriofensividad del blanqueo, pero seguidamente se decantan por el orden socioeconómico como bien jurídico tutelado. Entre estos autores podemos citar a ÁLVAREZ PASTOR y EGUIDAZU PALACIOS, FABIÁN CAPARROS, MORENO CÁNOVES y Ruiz MARCO, aunque estos últimos escritores también ponen el acento en que el desvalor de acción del lavado repercute indirectamente sobre el patrimonio, la libertad sexual y la salud pública. Por otra parte, ZARAGOZA AGUADO sostiene que el blanqueo es una indudable infracción pluriofensiva por la variedad de bienes jurídicos, mediata e inmediatamente, protegidos, pues para él con el mentado proceso se cuestiona el orden socioeconómico y hasta la esencia de la democracia. En España son partidarios de una configuración pluriofensiva del blanqueo nucleada en torno a la Administración de Justicia y el orden socioeconómico BLANCO LOZANO, ESCUDERO MORATALLA con FRIGOLA González CUSSAC. También podríamos incluir en este grupo a MUÑOZ CONDE, en la medida en que deja entrever que el blanqueo pone en tela de juicio la Administración de Justicia, la correcta circulación o tráfico de los bienes en el mercado, la libre competencia, la Hacienda pública, el funcionamiento de la economía de mercado y su control; bienes jurídicos que, salvo el primero, todos son reconducibles al ámbito socioeconómico”. Así (con las respectivas referencias individuales) en: ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal ..., op.cit., pág. 85-87.

<sup>782</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal ..., op.cit., pág. 86.

ANTÓN y GONZÁLES CUSSAC<sup>783</sup> consideran que el blanqueo compromete el orden socioeconómico, concretamente porque dificulta la transparencia del sistema financiero y la seguridad del tráfico comercial, pero por su naturaleza encubridora *también advierten que se lesiona la Administración de Justicia*, por lo que nos encontramos ante un delito *pluriofensivo*<sup>784</sup>.

Estoy de acuerdo con tal postura, conforme será expuesto más adelante, principalmente porque ella no agota el espectro de bienes que pueden ser protegidos por el blanqueo, resumiéndose a los meros intereses de la Administración, aunque sea evidente que este importante servicio del Estado se ve enormemente afectado por las actividades de los criminales que se dedican al blanqueo de dinero.

En definitiva comparto el entendimiento de parte de la doctrina<sup>785</sup> en el sentido de que el delito de blanqueo tiene la *pluriofensividad* como una característica importante de su bien jurídico.

#### **L) La finalidad de descubrimiento de delitos en el contexto de la definición del bien jurídico del blanqueo de dinero**

Considerando que el Estado necesita que la función judicial se desarrolle de forma libre y correcta, emerge el deber de no obstaculizar el funcionamiento de la Administración de Justicia haciendo posible el descubrimiento de los delitos y la persecución y condena del delincuente. En este sentido los actos de blanqueo dificultan la posibilidad de que el delito sea descubierto y el delincuente condenado. La doctrina ha entendido, de este modo, que éste es el contenido que tradicionalmente se ha asignado a la Administración de Justicia como bien jurídico.

Sobre este aspecto ARÁNGUEZ SÁNCHEZ menciona que parte de la doctrina alemana identifica cierta ambigüedad de la Administración de la Justicia como bien jurídico en la medida en que concreta que la función de los distintos tipos penales que se refieren al blanqueo reside en la protección del deber de policía y de justicia criminal

---

<sup>783</sup> Cfr. VIVES ANTÓN, T. y GONZÁLES CUSSAC, J.L. (coords.) en Comentarios al Código penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, T. II, Valencia, 1996, pág. 1464.

<sup>784</sup> Así referido por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 90.

<sup>785</sup> Panorama que es así descrito por MARTÍNEZ BUJÁN: "Así, una genuina construcción pluriofensiva, que asume la idea de dos bienes jurídicos directamente protegidos, es la que, entre otros autores, han pergeñado con relación al nuevo CP: VIDALES, 1997, 89 y ss., ZARAGOZA, 1996, 462, y 2011, 1156, VIVES/G. CUSSAC, P.E., FARALDO, 128 s., GILI, 395 y ABEL, 2004, H.2.8., y 2005, pp. 83 ss., aunando la perspectiva citada y la socioeconómica." MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa..., op.cit. pág. 595.

respecto al delito precedente, de modo que se ejerce una función preventiva respecto al bien jurídico tutelado por el delito previamente cometido. Esta posición tiene el interesante aspecto de identificar el bien jurídico protegido por el blanqueo como siendo idéntico al del delito que origina el enriquecimiento ilícito precedente. El blanqueo no sería nada más que un medio para aumentar la posibilidad de que el autor o autores del hecho previo aprovechen los beneficios del delito anterior. También sería un mecanismo para incrementar la actividad delictiva, abriendo paso al cometimiento de nuevos delitos<sup>786</sup>. Sin embargo, esta postura no está exenta de críticas, como subraya el mismo autor, pues refiere a aspectos del bien jurídico Administración de Justicia al atentar contra los deberes de investigación y las tareas procesales de persecución de delitos y las relaciones entre el delincuente y los bienes originados de su actividad<sup>787</sup>.

Por otro lado, hay que considerar que el delito de blanqueo no exige que el delito previo permanezca aún sin descubrir y el delincuente sin condenar. Existirán situaciones en que la persecución penal se ha llevado adelante con éxito, el delito previo haya sido efectivamente descubierto, y su autor condenado. En tales casos, es posible afirmar que la Administración de Justicia no siempre será afectada por las actividades de blanqueo de capitales.

**M) El decomiso de bienes como un componente político-criminal que influye en la conceptualización del bien jurídico del delito de lavado de dinero**

En lo que se refiere al *decomiso de bienes*, PALMA HERRERA destaca que la Administración de Justicia, al tener noticia de un delito, no reacciona sólo persiguiendo al delincuente e imponiendo una pena, pues otras medidas también son adoptadas y pueden ser afectadas por el blanqueo. Este es el caso de condenas que conlleven

---

<sup>786</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 81.

<sup>787</sup> En este sentido matiza que “el blanqueo atenta contra los deberes de investigación y las tareas procesales de persecución de delitos, pues el legislador está interesado en que no se pierda esa “huella documental” que conecta determinados bienes con su ilícita procedencia. En base a esta idea también critica a quienes, como ARZT, centran el blanqueo en el comiso de las ganancias ilegales, puesto que no se procede a tal confiscación en los casos en los que media un poseedor de buena fe (§ 73, IV, StBG), lo que demuestra que el auténtico interés en el blanqueo es el descubrimiento del delito anterior. Lo que interesa es la detección de fondos de origen ilegal, no su aprehensión. Así, LEIP concibe el delito de blanqueo como un punto de partida para la toma de medidas procesales encaminadas a detectar el autor o autores de los delitos previos, y, por tanto, el blanqueo no se penaliza por sí mismo, sino como medio para la persecución de acciones precedentes. El legislador pretende, por tanto, transmitir la idea de que “el delito no es rentable”, porque el beneficio obtenido con él supone un rastro para su detección.” (cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 81).

consecuencias como el comiso de bienes y la satisfacción de las responsabilidades civiles. En este sentido, el buen funcionamiento de la Administración de Justicia exige también la efectiva aplicación de tales consecuencias, por lo que el deber de cooperar, o mejor dicho, de no obstaculizar ese funcionamiento, se extiende también a este tipo de medidas<sup>788</sup>. Esta actividad del sistema de justicia se ha expandido en los últimos años, generando, incluso, cierta reflexión acerca de la instrumentalización del delito de blanqueo de capitales en relación al comiso de bienes. Sobre este aspecto, MARTÍNEZ-BUJÁN, recuerda la postura de GÓMEZ BENÍTEZ<sup>789</sup> quien entiende que supone abarcar solo una parte del problema político-criminal de la introducción, en el sistema económico, de los bienes procedentes de la comisión de determinados delitos, además de implicar el uso de un instrumento legal (la tipificación del blanqueo) mucho menos eficaz y coherente con el punto de partida que otros ya ensayados en el Derecho comparado, como el comiso y la expropiación de bienes de origen ilícito y crítica, asimismo, que el delito de blanqueo se haya deslizado paulatinamente hacia la misión de servir de instrumento de control y recaudación fiscal.

Este importante aspecto subrayado por PALMA HERRERA es digno de destacar, pues la normativa antiblanqueo está basada en el cumplimiento de normas supranacionales que indican del deber de los Estados de implementar medidas para la identificación, congelación y comiso de bienes que tienen su origen en actividades como el narcotráfico, el crimen organizado y el blanqueo de dinero.

La Convención de Viena de 1988, las Convenciones de Naciones Unidas contra el crimen organizado y la Corrupción (Mérida), así como las correspondientes normas editadas en ámbito europeo hacen especial hincapié en la importancia del comiso, instrumento que está estrechamente vinculado al blanqueo de capitales. Este aspecto es destacado por BOTKE al destacar las relaciones entre el blanqueo y el comiso de bienes. Este autor destaca que en Alemania el § 261 StGB es la norma penal del blanqueo de dinero; encubrimiento de valores patrimoniales ilegales, siendo comparable, pese a sus diferencias, con los tipos penales que al respecto existen en otros países de la Unión Europea, y afirma que “el objeto material del delito del § 261 StGB es cualquier bien, que proceda de un delito cualificado. Un «bien» (*Gegenstand*) no es

---

<sup>788</sup> Cfr. PALMA HERRERA, J.M.: Los delitos de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 291.

<sup>789</sup> Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ: Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal. Madrid. CPC, año 2007. MARTÍNEZ-BUJÁN cita a la pág. 6 y ss.

sólo una cosa material, sino cualquier cosa que puede ser incorporado a un derecho transmisible. En consecuencia, un bien es todo aquello que sirve de «objeto de derecho» (*Rechtsobjekt*), porque al ser objetivado en un derecho transmisible puede adquirir valor de cambio en el mercado. También pueden ser considerados bienes aquellas situaciones que susciten apariencia de derechos con valor patrimonial. Su *encubrimiento* también puede ser útil en orden a conseguir, para sí mismos o para terceros, un aumento ilegítimo del poder de demanda en el mercado, en comparación con otros participantes en el mercado, que obtienen su poder de demanda de fuentes financieras legales”<sup>790</sup>. Tanto el StGB alemán (§ 261) como el Código penal suizo (art. 305 bis) son ejemplos de legislaciones penales que conectan directamente la ocultación o encubrimiento de los bienes con la elusión del comiso, los que puede afectar intereses legítimos del Estado en realizar el comiso de los bienes y las ganancias procedentes del delito. En efecto el blanqueo es el tipo de delito que posibilitar dar una apariencia de licitud a las ganancias procedentes de actividades ilícitas evitando que las mismas puedan ser reconocidas y decomisadas, lo que permite concluir que tal comportamiento también afecta a la Administración de la Justicia<sup>791</sup>.

Sobre el este aspecto, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ destaca el posible interés por parte del Estado en la investigación del delito de blanqueo con la ulterior finalidad de decomisar bienes ilícitos. Este autor, haciendo referencia a ARZT, menciona que el bien jurídico protegido por este delito es «la pretensión del Estado de decomisar los bienes procedentes del delito», puesto que «el dinero sucio pertenece al Estado» y que el blanqueo tutela un aspecto muy concreto de la misma, el interés estatal en la investigación y, sobre todo, el comiso del producto del crimen<sup>792</sup>.

Por ello, en cuanto en términos conceptuales es correcta la conclusión de PALMA HERRERA en el sentido de que “obstaculiza el buen funcionamiento de la

---

<sup>790</sup> Cfr. BOTTKE, W.: Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. En Revista Penal, nº 2, Editorial Praxis (coord. por Juan Carlos FERRE OLIVÉ), 1998, pág. 4.

<sup>791</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN, comentando la perspectiva de BOTKE subraya que “en este sentido en nuestra doctrina ya DEL CARPIO adoptando sustancialmente la construcción de BOTTKE, con relación al delito del C.p. alemán. Señala, por lo demás, acertadamente DEL CARPIO, siguiendo también al citado autor alemán, que la protección de la libertad del tráfico económico contra los productos de origen delictivo es una condición esencial para el desarrollo de la economía de mercado. En atención a ello, añade que, aunque no es un bien jurídico de titularidad estatal, es un bien jurídico de naturaleza colectiva que afecta a los intereses de la comunidad en general y que, en concreto, va referido al funcionamiento del sistema de libre mercado.” MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa..., op.cit. pág. 596.

<sup>792</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 80.

Administración de Justicia quien realiza actos que impiden o dificultan el descubrimiento, persecución y castigo de delito y delincuente; quien, paralelamente, o con posterioridad a ese descubrimiento, persecución y castigo, realiza actos que tienen por objeto desvincular las ganancias de procedencia delictiva, del responsable del delito; y quien realiza actos que, sin desvincularlas de los responsables del delito previo, las ocultan haciéndolas inalcanzables para las autoridades, impidiendo su comiso, en definitiva”<sup>793</sup>.

#### **N) Relaciones entre fines preventivos y el contenido del bien jurídico en esta categoría de delito**

Por otro lado se ha pensado también que la *prevención del delito* puede representar parte del contenido del bien jurídico Administración de la Justicia. Este aspecto viene poniéndose de manifiesto y destacando principalmente en las dos últimas décadas ante la ascensión de ciertos tipos de criminalidad, como la delincuencia organizada, los delitos económicos y el terrorismo. Es por tal motivo que PALMA HERRERA incluye, con razón, esta función entre los componentes conceptuales de este bien jurídico en el blanqueo de capitales, afirmando que “por encima de la protección de los mercados financieros, del tráfico lícito de bienes, de la competencia lícita, del orden socioeconómico, de la persecución de delitos, de la efectividad del comiso, etc., hay un presupuesto que es aceptado sin discusión: con la incriminación de las conductas de blanqueo de bienes se trata de evitar el estímulo que constituye el aprovechamiento de las ganancias de procedencia ilícita de cara a la comisión de nuevos delitos.”

Sobre este aspecto, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ señala que “en cuanto a la prevención de la comisión de delitos como finalidad perseguida por la Administración de Justicia, deberíamos cuestionarnos si es de recibo establecer un delito que tiene como única misión desincentivar la comisión de otros delitos distintos. Pero la crítica a este planteamiento es más evidente. Un delincuente dedica las ganancias del delito a alguno o algunos de estos dos fines: reinversión en la actividad criminal o blanqueo. El dinero que promueve con mayor intensidad el mantenimiento en la actividad ilícita será el que se reinvierte en la actividad delictiva y, sólo más indirectamente, el que se blanquea.” Esta crítica no deja de tener sentido en términos político-criminales, pues es necesario recordar que partiendo de la legislación internacional recuerda que la Convención de

---

<sup>793</sup> Cfr. PALMA HERRERA, J.M.: Los delitos de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 291.

Viena de 1988 nace con la idea de perseguir el tráfico, y el blanqueo de bienes aparece como un instrumento para combatir esta forma de criminalidad. Como observa BLANCO CORDERO “el Convenio de Viena reconoce en su Preámbulo el peligro que suponen los grandes rendimientos financieros obtenidos por las organizaciones criminales transnacionales que permiten «invadir, contaminar y corromper las actividades financieras lícitas»<sup>794</sup>. Esta postura se viene repitiendo en casi todos los más relevantes documentos internacionales sobre la materia, desde la Convención de Palermo, la Convención de Mérida o los documentos que se ocupan de la lucha antiterrorista y del financiamiento del terrorismo. Es una tendencia firme que parece haber alcanzado un consenso internacional.

En este sentido es clara la intención de la reciente DIRECTIVA 2015/849 20 de mayo de 2015, que en su exposición de motivos afirma que los flujos de dinero ilícito pueden dañar la integridad, la estabilidad y la reputación del sector financiero y poner en peligro el mercado interior de la Unión y el desarrollo internacional, destacando que “el blanqueo de dinero, la financiación del terrorismo y el crimen organizado siguen constituyendo problemas significativos que la Unión debe abordar. Aparte de continuar desarrollando el planteamiento penal a escala de la Unión, la prevención específica y proporcionada del uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo resulta indispensable y puede producir resultados complementarios.” El texto de la Directiva tiene fuerte matiz preventivo al destacar que “la solidez, integridad y estabilidad de las entidades financieras y de crédito, así como la confianza en el sistema financiero en su conjunto, podrían verse en grave peligro debido a los esfuerzos de los delincuentes y sus cómplices, ya sea por encubrir el origen de los productos del delito, ya por canalizar el producto de actividades lícitas o ilícitas a fines terroristas. Para facilitar sus actividades delictivas, quienes blanquean capitales y financian el terrorismo podrían aprovecharse de la libre circulación de capitales y de la libre prestación de servicios financieros que trae consigo un espacio financiero integrado. Por consiguiente, son precisas ciertas medidas de coordinación a escala de la Unión. Al mismo tiempo, debe establecerse un equilibrio entre los objetivos de protección de la sociedad frente a las actividades delictivas y de la estabilidad y la integridad del sistema financiero de la Unión y la necesidad de crear un entorno

---

<sup>794</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág.227.

regulador que permita que las empresas desarrollen sus negocios sin incurrir en costes de cumplimiento desproporcionados”<sup>795</sup>.

Comentando el importante papel de la normativa administrativa y extrapenal en la tutela de bienes jurídicos protegidos, especialmente en el campo del blanqueo de capitales, BLANCO CORDERO expone así su pensamiento: “En cuanto al segundo de los elementos que justifica la intervención del instrumento penal, esto es, la insuficiencia del resto de las instancias de control social para la tutela de dicho interés, tiene relevancia aquí, ya que desde algunas instancias se apunta que las conductas de blanqueo podrían ser controladas a través de otros medios menos nocivos para los intereses individuales. En efecto, es de gran importancia el estudio de las normas que en el marco del Derecho administrativo sancionador se han elaborado con el fin de estructurar la lucha contra el blanqueo de capitales mediante su prevención, que pretenden evitar los menoscabos al bien jurídico (normalmente de carácter económico). Con todo, la normativa administrativa no parece suficiente para hacer frente a este fenómeno, siendo así que es preciso que ésta se complemente con normas de carácter penal. De esta manera se articula la norma penal como un instrumento que funciona como última ratio, esto es, como último recurso en la protección de bienes jurídicos que actúa cuando la normativa administrativa se muestra insuficiente. Es preciso instrumentar políticas preventivas que intensifiquen los controles de carácter administrativo para evitar el blanqueo de capitales. Para ello es frecuente la existencia de normas de carácter administrativo que tienden a imponer determinadas obligaciones a quienes desarrollan su actividad en el ámbito financiero. En el ordenamiento jurídico español destaca la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Esta norma impone básicamente obligaciones administrativas de información y colaboración a las entidades financieras para prevenir y dificultar el blanqueo de capitales. Son normas de carácter puramente preventivo, esto es, pretenden evitar que el dinero de origen delictivo ingrese en el circuito económico mediante la imposición de controles y obligaciones a las entidades financieras.”<sup>796</sup>

Sin embargo, como reconoce el mismo autor, la legislación preventiva también puede generar efectos nocivos ante la tendencia actual dirigida a la desregulación de los mercados financieros para dejar vía libre a las leyes del mercado, la imposición de

---

<sup>795</sup> DIRECTIVA (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, editada en 20 de mayo de 2015.

<sup>796</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 209.



obligaciones administrativas y deberes de vigilancia que generan excesivos costos operacionales por parte de los sujetos obligados. Y concluye con mucha razón que “para evitar esto sería conveniente buscar un punto de equilibrio en el que la aplicación de las normas administrativas no cree un sistema asfixiante de vigilancia financiera”<sup>797</sup>.

Por otro lado, es cada vez más evidente la necesidad de una reflexión crítica sobre la expansión del ámbito de incidencia del delito de blanqueo de capitales en las últimas décadas en prácticamente todos los países occidentales. Analizando de forma crítica la normativa antiblanqueo en Italia, Luigi FERRAJOLI destaca que el blanqueo tiene fuerte impacto sobre el mundo de la economía, pero también afecta otros bienes jurídicos, razón por la cual es evidente su carácter pluriofensivo. Sin embargo, critica la expansión desmesurada del Derecho penal en esta materia, recordando que el poder punitivo en el campo penal debería ser realizado siempre como opción de *ultima ratio*<sup>798</sup>. Esta es la postura compartida también por CAPPA y DOMENICO CERQUA en relación a la política-criminal en Italia<sup>799</sup>.

Sobre la necesidad de encarar el delito de blanqueo desde una perspectiva de *ultima ratio* y conforme el *principio de subsidiariedad*, estoy de acuerdo con FABIAN CAPARRÓS cuando afirma, recordando a Giovanni Maria Flick que «un buen Derecho penal económico, para ser tal, debe preocuparse sobre todo por hacer economía del propio Derecho penal», y que “ahora que cada día son más los legisladores internos que optan por incorporar a sus respectivos Códigos penales la transformación de capitales ilegales, debe analizarse si nos encontramos, en realidad, ante un ejemplo de ejercicio legítimo de la potestad punitiva propia de un Estado personalista o si, por el contrario, asistimos a un derroche innecesario de poder ante unos hechos que, aunque parezca probada su lesividad, podrían ser dominados mediante otros medios de control social menos nocivos para los intereses del individuo”<sup>800</sup>. Este mismo autor recuerda que siempre “será necesario determinar dónde se encuentra el correcto punto de equilibrio entre libertad y control, desde el firme convencimiento de que jamás será posible

---

<sup>797</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 210.

<sup>798</sup> En este sentido, y para más saber con más amplitud su pensamiento: FERRAJOLI, L.: La normativa antiriciclaggio, Represione penale, Adempimento amministrativi degli intermediari finanziari, Strumenti e tecniche di investigazione, Profili internazionali. Pirola Editore. Terza edizione. ISBN 88-234-9622-4, Milano, 1994, especialmente págs. 10 y siguientes.

<sup>799</sup> Cfr. CAPPA, E. y DOMENICO CERQUA, L.: Il riciclaggio del denaro, il fenómeno, il reato, le norme di contrasto. Giuffrè Editore, Milano, 2012, págs. 15 y siguientes.

<sup>800</sup> Cfr. FABIAN CAPARRÓS, E.A.: El delito de blanqueo de capitales. Editorial COLEX, Madrid, 1998, págs. 230 y ss.

conseguir una solución plenamente satisfactoria para el reciclaje con la sola ayuda de la disciplina preventivo-administrativa. Llegados a este punto, parece obligado recordar las palabras del Profesor Bajo Fernández, quien, haciéndose eco de la mejor doctrina alemana, afirma con razón que la subsidiariedad del Derecho penal frente al resto de medidas de lucha en el ámbito socio-económico «encuentra sus límites, de un lado, en los fracasos de las medidas preventivas extrapenales y, del otro, en que las medidas penales dañan menos la libertad del sistema económico que otras actividades de prevención»<sup>801</sup>

Sobre este aspecto, la postura de BLANCO CORDERO también lleva en consideración los efectos que el blanqueo de capitales tiene sobre la Administración de la Justicia, y también los efectos que este tipo de delincuencia proyecta sobre la delincuencia como un todo, especialmente en lo que se refiere al crimen organizado. Sobre este punto concluye que "con base en la naturaleza encubridora de las acciones descritas en el tipo del art. 301 se concluye que bien jurídico protegido es, junto al orden socioeconómico, la Administración de Justicia". Sin embargo realiza algunas matizaciones relevantes al afirmar que "desde una perspectiva político-criminal, sin embargo, no creemos que las acciones de blanqueo de capitales lesionen la Administración de Justicia, por dos razones: a) en caso de concebirse como delito contra la Administración de Justicia se incide sobre aspectos parciales del blanqueo de capitales, en concreto, sobre las primeras fases, sin prestar ninguna atención a la verdaderamente importante, la de integración. El blanqueo de capitales implica siempre un atentado contra la Administración de Justicia, pero no es éste el aspecto más relevante del mismo; b) además, la estrategia de lucha contra las primeras fases del blanqueo lesivas de la Administración de Justicia está en gran medida articulada. En efecto, muchas conductas de blanqueo se encuentran ya suficientemente abarcadas por los vigentes tipos de encubrimiento y, de no ser así, los cambios necesarios son mínimos. Queda claro, por tanto, que cuando se sanciona penalmente el blanqueo no es porque sea una conducta lesiva de la Administración de Justicia -pese a que

---

<sup>801</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: El delito de blanqueo de capitales. Editorial COLEX, Madrid, 1998, pág. 237, refiriéndose a BAJO FERNANDES, M.: La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal. En "Estudios penales (Libro homenaje al profesor José Antón Oneca) Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pág. 587.

normalmente es algo inherente a él-, sino porque afecta a otros intereses merecedores de protección.”<sup>802</sup>

Aquí BLANCO CORDERO habla dentro de una “perspectiva político-criminal”, pero en definitiva, después de analizar el tema en toda su amplitud concluye que “el blanqueo es un delito pluriofensivo, lesiona tanto el orden económico como la Administración de Justicia, aunque el ataque más importante recae sobre el orden económico”<sup>803</sup>

### **O) La seguridad del Estado: su significancia en el ámbito de protección del bien jurídico del delito de blanqueo de capitales**

La política-criminal internacional en el ámbito del blanqueo de capitales ha evolucionado a lo largo de las últimas décadas fundamentada primeramente en la prevención de delitos y posteriormente en la filosofía de represión. Un ejemplo de esta realidad Convención de Viena de 1988 que subraya las estrechas relaciones entre la criminalidad organizada (especialmente el narcotráfico) y los efectos dañinos que pueden incidir sobre la economía, seguridad, estabilidad y soberanía de los países<sup>804</sup>.

En lo que se refiere a la *seguridad del Estado* PALMA HERRERA afirma que “sólo en supuestos excepcionalmente extremos puede decirse que el blanqueo constituye un riesgo para la estabilidad democrática del estado, pues los estados en los que las grandes organizaciones criminales han obtenido un cierto control sobre la toma de decisiones políticas, no han conseguido su posición sólo en base a su poder económico, sino recurriendo ya a la intimidación y la violencia”. En este sentido, dice el autor, el blanqueo de capitales, tal y como lo ha previsto nuestro legislador, no sólo va dirigido a los comportamientos delictivos realizados en el seno de una organización criminal o que redunden en el nacimiento de organizaciones criminales, sino que

---

<sup>802</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 198.

<sup>803</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 205.

<sup>804</sup> Así se expresa la Convención de Viena en el Preámbulo de su texto: “Profundamente preocupadas por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad... Reconociendo los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados... Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles...”.

contempla formas de actuación al margen de tales organizaciones y que ninguna repercusión tendrán en la existencia o inexistencia de las mismas.

Sin embargo, pienso que la seguridad del Estado como aspecto del jurídico protegido en el delito de blanqueo, cuando se está frente a ciertas formas de criminalidad organizada (principalmente los carteles de las drogas y las organizaciones de tipo mafioso), y en determinados países especialmente afectados por delitos como el narcotráfico, por ejemplo, puede generar situaciones en que el orden público sea afectado con cierta intensidad. Tan solo bajo este aspecto sería caso de afirmar que la tipificación del blanqueo puede servir de uno instrumento a más (indirecto y mediato) destinado a cubrir vacíos de protección por el riesgo concreto tales grupos pueden representar a intereses colectivos de seguridad interna. Sin dudas esta es una instrumentalización simbólica del tipo penal, algo que no es deseable. Por otro lado, mismo en este caso, siempre se estaría delante de enormes dificultades de mensurar y determinar el real grado de afectación que la seguridad interna sufre por cuenta del blanqueo, lo que torna muy difícil aceptar este argumento en términos técnicos y dogmáticos.

Analizando este aspecto ARÁNGUEZ SÁNCHEZ aunque reconociendo que la problemática de la seguridad interior pueda ser importante en algunos países, concluye que *el blanqueo no afecta la seguridad interior del Estado*.<sup>805</sup>

Estoy de acuerdo con esta postura, abrazada por ABEL SOUTO cuando afirma que “tampoco carece de cierto soporte estimar que el tipo penal del blanqueo, por cuanto que pretende combatir la criminalidad organizada, tutela la seguridad interior del Estado”. Además este autor recuerda que en relación a la delincuencia organizada (argumento que suele ser esgrimido cuando se habla del tema) aun cuando la tipificación del blanqueo disminuya el poder de las organizaciones criminales al incidir en su infraestructura económica, dicho efecto únicamente se produce colateral e incidentalmente, y sin perjuicio de que algunas manifestaciones de la criminalidad

---

<sup>805</sup> En este sentido menciona a BARTON para quien el que el delito de blanqueo también protege la seguridad interior, pero no entendida como “seguridad a cualquier precio” sino como “paz jurídica”, insistiendo en que la intención del legislador fue la de combatir la delincuencia organizada, y muy concretamente impedir que estas organizaciones criminales se infiltren en la sociedad. Así, el delito de blanqueo no se dirige a una represión retrospectiva del bien jurídico, lesionado por el delito previo, sino que está orientado a una prevención de futuros hechos delictivos, y en definitiva lo que está en juego es la seguridad interna, y no sólo la del país en concreto más la de los demás Estados. (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 81.)

organizada pongan en grave peligro la seguridad interior del Estado, el riesgo no procede del propio blanqueo, sino de la existencia de la organización .

Este tema conecta de cierto modo con otras cuestiones relativas a la lucha contra el terrorismo y su financiación. En las últimas décadas el problema del terrorismo ha sido enfrentado de diferentes formas en diversos campos de batalla. Una de las consecuencias más relevantes del agravamiento de la situación del terrorismo a finales del siglo pasado ha sido la expansión de la normativa internacional sobre la materia. Como hemos tenido ocasión de señalar en el principio de este trabajo de investigación esta nueva realidad ha generado gran cantidad de documentos internacionales en el ámbito de Naciones Unidas, así como ha fundamentado inúmeras orientaciones normativas en el espacio comunitario europeo, plasmando una nueva política criminal. En este reciente panorama legislativo el papel del blanqueo de capitales en la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo, así como la función de la financiación del terrorismo, ha sido engrandecido, fortalecido y hasta desvirtuado. ABEL SOUTO recuerda que el blanqueo ha sido concebido como un instrumento normativo fundamental en la represión de la delincuencia organizada, y que “la insuficiencia relativa a las formas tradicionales de lucha contra determinadas manifestaciones criminales condujo a que entes supranacionales y estados adoptasen, como nuevo método de combate, medidas para poner fin a la financiación y movimientos monetarios de las organizaciones delictivas.”<sup>806</sup> Pero es cierto que en Europa no se ha dado un paso por legislar de manera específica sobre esta función de protección como un objetivo expreso de los tipos penales de blanqueo de capitales.

Ante a este escenario, y en lo que se refiere al blanqueo, creo que su función no es la de proteger la seguridad del Estado, sea interna o externamente. Desde su *ratio legis* hasta la específica finalidad de su bien jurídico (que bajo nuestro punto de vista es esencialmente el orden económico) no se encuentran otras finalidades relacionadas con la ambición de controlar el delito que pueda afectar la seguridad interna del Estado.

Puede ser que en el caso de la financiación del terrorismo, por su evidente conexión con la propagación del terror, exista alguna justificación para este planteamiento (como veremos más adelante), pero en lo que se refiere al blanqueo, tales

---

<sup>806</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal Español. Editora Bosch. Barcelona, 2005, pág. 44.

razones no autorizan la ampliación excesiva del objeto de protección de este delito para arropar la seguridad interna del Estado como un bien jurídicamente protegido en su esencia.

De todas formas todo parece resumirse a una cuestión de mejorar el foco de la respuesta penal, y no atribuir al blanqueo funciones adicionales de vulnerar el bien jurídico<sup>807</sup>.

**P) Consideraciones sobre los aspectos patrimoniales de los delitos y su influencia conceptual en el momento de ubicar y definir el bien jurídico del blanqueo**

El legislador español ha situado el delito de blanqueo de capitales dentro del título XIII que se ocupa de los “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en el Capítulo XIV, abriendo la posibilidad la indagación acerca de la naturaleza patrimonial de su bien jurídico. El delito de blanqueo de capitales surge primeramente asociado al delito de narcotráfico, protegiendo secundariamente a la salud pública, pero también cumpliendo una política-criminal basada en documentos internacionales que buscaba combatir el indebido beneficio económico obtenido con el tráfico de drogas. Esta fue una vertiente patrimonial secundaria del ámbito de protección del delito de blanqueo.

Este tipo penal fue ganando terreno progresivamente, pasando a estar también asociado a la receptación, especie vinculada al encubrimiento. Paralelamente se ha impuesto una cierta consciencia de que la Administración de Justicia también se veía afectada por el blanqueo de dinero, y este pensamiento fue adoptado por parte de la doctrina penal.

Dentro de este proceso evolutivo, como destaca MOLINA FERNÁNDEZ “la progresiva especialización del encubrimiento tuvo a su vez distintas fases, que finalmente arrojan un panorama cuando menos confuso. En un primer momento se desgajó de esta figura la receptación, que pasó a constituir un delito de la parte especial

---

<sup>807</sup> En este sentido, ABEL SOUTO recuerda las lúcidas lecciones de KAISER: “De esta suerte, es hora de cuestionarse con KAISER «si no ha sido superado el enfoque presente de la lucha contra la criminalidad organizada a la persecución penal del blanqueo y si, en su lugar, no sería adecuada una mayor concentración en el castigo de los hechos previos como la verdadera “criminalidad de primera línea” del crimen organizado, así como de la actuación organizativa en cuanto a tal» (ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal Español. Editora Bosch. Barcelona, 2005, pág. 49).

(aunque paradójicamente quizás sea esta conducta la que más se aproxime a una forma de participación , por cuanto ayuda a mantener un previo estado antijurídico), y posteriormente el resto del encubrimiento pasó a su vez a la parte especial como delito contra la administración de justicia, aunque manteniendo entre sus modalidades el favorecimiento real sin ánimo de lucro (art. 451.1.s), lo que provoca dificultades de delimitación con la receptación y con los demás supuestos de encubrimiento. Por último, entró en juego el blanqueo, caracterizado en el Código como delito afín a la receptación y ubicado como ésta entre los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico”<sup>808</sup>. Por fin, el proceso de reforma legislativa en materia de blanqueo de capitales ha servido para ampliar su espectro de incidencia para alcanzar a cualquier categoría de delitos anteriores<sup>809</sup>.

De todas formas, el blanqueo ha quedado formalmente encuadrado en el Código penal dentro del binomio “patrimonio y orden socioeconómico”, algo que ha sido criticado por parte de la doctrina penal. ABEL SOUTO reprocha esta confluencia y ubicación del blanqueo recordando las lecciones de ZUGALDÍA ESPINAR, que ha destacado “el error de agrupar bajo un mismo título figuras delictivas tan dispares y critica, desde cinco puntos de vista, la rúbrica «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico»: por no aludir a los delitos contra la propiedad; debido a que las infracciones patrimoniales tendrían que ocupar un título independiente del de los delitos socioeconómicos; porque los capítulos del título XIII no especifican qué injustos típicos afectan a la propiedad, el patrimonio o el orden socioeconómico; en tanto que parece que los delitos económicos se integran únicamente por ilícitos socioeconómicos y,

---

<sup>808</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 93.

<sup>809</sup> Sobre este aspecto MUÑOZ CONDE subraya que este proceso expansivo ha sido una característica del proceso de reforma legislativa en España: “el legislador español, en una amplia reforma del Código penal que tuvo lugar en el 2003, extendió el delito de blanqueo al de las ganancias generadas por cualquier delito, sea grave o no. Con esta nueva regulación ya no se puede hacer ninguna interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del blanqueo. Basta, por ejemplo, que se haya cometido cualquier delito que haya generado una ganancia, para que la utilización de esa ganancia en un negocio legal o en la adquisición de un bien, pueda ser considerada como blanqueo, incluso con una pena superior a la del delito que dio origen a la ganancia”. Cfr. Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 164.

finalmente, dado que resulta discutible la necesidad de un título relativo al orden socioeconómico”<sup>810</sup>.

Sobre la ubicación del delito de blanqueo en el ámbito de los delitos socioeconómicos FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ no reconoce este delito como originariamente pensado para proteger el orden socioeconómico (postura que no comparto por las razones que expondré al final) pero argumenta con coherencia que “el blanqueo no surgió para proteger el orden socioeconómico, ni la importancia que ha adquirido puede justificarse desde esa perspectiva, respecto de la cual, por otro lado, tiene efectos ambivalentes. Aunque, en circunstancias normales, prevalecen los efectos negativos, no permiten justificar la existencia de una figura típica de esta gravedad, que sólo puede explicarse por su carácter promotor de delitos graves cometidos por organizaciones criminales, en la triple modalidad de encubrir sus actos, crear un mercado que garantiza las ganancias que provienen del delito, y financiar otros nuevos. Por todo ello, su ubicación actual en el Código Penal es incorrecta.”<sup>811</sup>

Bajo el enfoque patrimonial el delito de blanqueo ha sido abordado por dos corrientes de pensamiento, la *teoría del aprovechamiento* y la *teoría del mantenimiento*.

Para la primera se enfoca la relación de la transformación como forma de receptación y aprovechamiento de los efectos de un delito previo de contenido patrimonial. El injusto estaría en parte en la voluntad de enriquecerse con base en un delito practicado por otro. Como antes he afirmado, este tema ha sido estudiado por

---

<sup>810</sup> Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código penal (Consideraciones generales sobre el título XIII del nuevo Código penal). En: ASÚA BATARRITA, A. (ed.), Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998, pp. 129-144. (citado también por ABEL SOUTO en El delito de blanqueo..., op.cit. pág. 50).

<sup>811</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 122.



GÓMEZ PAVÓN<sup>812</sup> analizando la legislación penal anterior y en el ámbito de las relaciones del bien jurídico del blanqueo y de la receptación frente a la Administración de Justicia, considerando los efectos de las conductas entorpecedoras de su función, lo que destaca su carácter fuertemente preventivo.

La *teoría del mantenimiento*, a su vez, con arraigo en la doctrina Alemana, ha desarrollado el pensamiento que indaga sobre si quien obtiene un beneficio económico de los bienes procedentes de un delito está prolongando la previa situación antijurídica creada por el delito precedente. Como bien describe ABEL SOUTO “semejante teoría, casi unánimemente sostenida por la doctrina alemana (*Aufrechterhaltung* o *Perpetuierungstheorie*) y muy extendida en la literatura jurídica española mantiene que la razón de ser de la receptación radica en el mantenimiento de la situación posesoria antijurídica causada por una lesión patrimonial. Ya no se trata de participar en las ganancias delictivas del hecho previo, sino de mantener, consolidar o, incluso profundizar y prolongar aquella situación antijurídica. Se crea un eslabón más que impide o dificulta la vuelta al estado patrimonial lícito inicial, la recuperación de la cosa por su propietario. De manera que la norma pretende una suerte de congelación del objeto en poder del autor del delito referenciado”<sup>813</sup>. Sobre el tema, MUÑOZ CONDE matiza el delito de blanqueo frente al delito originario afirmando que “en definitiva, si se mira el bien jurídico protegido en el blanqueo desde el punto de vista del delito originario, lo más que se puede decir es que su tipificación como delito autónomo sólo indirectamente puede proteger el bien jurídico del delito originario (sin embargo,

---

<sup>812</sup> Cfr. GÓMEZ PAVÓN, P.: El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento", en Cuadernos de Política Criminal, n° 53,1994, pp. 459-484. Para esta autora que el artículo 546 *bis J*) estaba más próximo al número segundo del artículo 17 que a las conductas receptadoras concluía que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, entendiendo que la actuación del blanqueador está orientada directamente a impedir el descubrimiento del delito previo, y que el ya derogado art. 546 *bis*.) estaba más próximo al favorecimiento real que a la receptación. No obstante, consideraba innecesaria la inclusión de este precepto en el CP, por encontrarse excesivamente cercano a un Derecho penal de autor, considerando el 344 *bis.i*) del anterior Código penal un extensión injustificable del encubrimiento que suponía una huida hacia el Derecho penal, algo de muy escasa utilidad. Un aspecto interesante a respecto de este tema es el planteamiento de MOLINA FERNÁNDEZ cuando afirma que “el patrimonio, cuando es objeto de una lesión que se mantiene en el tiempo, como en los delitos que entrañan un desplazamiento de la cosa que se mantiene fuera de la disponibilidad de su titular, es bien jurídico protegido en la receptación y en el impropriamente denominado y ubicado encubrimiento del art. 451.1.e, que no es más que una receptación no profesional sin ánimo de lucro personal. Estas figuras sancionan en realidad actos de participación (lo que explica la estructura accesoria de este delito y el hecho de que históricamente fuera considerado como una forma de participación) que, con una adecuada interpretación, podrían encajar en la figura de la complicidad (o incluso de la cooperación necesaria), como sucede en otros delitos permanentes como la detención ilegal , pero que históricamente se han constituido en figuras especiales de encubrimiento o receptación de *delitos patrimoniales*.” Cfr. “Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?”..., op.cit., pág. 121.

<sup>813</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo..., pág. 53.

algunos autores, como Zaragoza Aguado, sostienen la llamada teoría del mantenimiento, según la cual el blanqueo no sería más que un acto posterior del delito originario, cuyo bien jurídico sería aún más perjudicado con la conducta del blanqueo. Frente a esta opinión se puede argumentar que cuando se realiza la conducta de blanqueo la lesión del bien jurídico del delito anterior ya se ha producido, y que por tanto desde el punto de vista preventivo carece ya de eficacia castigar lo que ya no puede afectar a lo que ya ha sido afectado por la conducta precedente, aparte de otro tipo de consideraciones derivadas del *ne bis in idem*).<sup>814</sup>

De todas formas esta discusión ha perdido parte de sus justificativas en las últimas décadas mediante el fortalecimiento de la política-criminal internacional que encara el blanqueo como un delito que afecta muy especialmente la macroeconomía, dejando de ser un comportamiento meramente causador de daños a las relaciones interpersonales entre los individuos (aspecto patrimonial que el Código Penal también protege) para ser una figura que gravita órbitas más amplias, propias del bien jurídico hoy denominado *orden socioeconómico*.

Otro enfoque posible es el dado por la *teoría de la acumulación* muy discutida en Alemania, especialmente en el ámbito de los delitos ambientales, y que en España ha sido explicada por autores como BLANCO CORDERO, para quien el delito de blanqueo de capitales puede configurarse como un delito de acumulación<sup>815</sup> permitiendo la sanción penal de un comportamiento aun cuando no lesione ni ponga en peligro relevante un bien jurídico, si se cuenta con la posibilidad de que dicho comportamiento pueda realizarse por otros sujetos, de manera que la reiteración de comportamientos

---

<sup>814</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 161.

<sup>815</sup> *Kumulationsdelikte, accumulative harms* o delitos acumulativos.

acabe menoscabando el bien jurídico<sup>816</sup>. Se castigan penalmente conductas que no generan un riesgo relevante, siendo así una realidad que pueden realizarse por una pluralidad de personas, esto es, existe un pronóstico de futuras conductas por otros agentes<sup>817</sup>.

**Q) Un importante aspecto del mundo de la economía: la libre competencia.**  
**Sus relaciones con el bien jurídico del blanqueo de capitales y los delitos socioeconómicos**

Uno de los aspectos socioeconómicos más importantes del delito de blanqueo está relacionado con la protección de la libre competencia, ya que puede ser inmediatamente afectado por las conductas de lavado de dinero. Como menciona DEL CARPIO DELGADO<sup>818</sup> la circulación de bienes en el mercado es necesario ser tutelado. La licitud de los bienes en el circuito económico constituye un bien jurídico de carácter colectivo referido al funcionamiento del sistema y, en especial, es un fundamento para el funcionamiento del mercado. Este bien jurídico entronca con la igualdad de condiciones para participar en la economía de mercado, que se distorsiona cuando se emplean bienes ilícitos<sup>819</sup>.

Para BLANCO CORDERO, esta protección busca hacer posible el *principio de igualdad* de oportunidades para todos los operadores económicos, que se ve comprometida por quien dispone de fuentes ilegales de financiación, algo que le permite llegar a donde los demás no pueden, protegiendo la libre competencia en los mercados,

---

<sup>816</sup> Sobre este aspecto, MUÑOZ CONDE señala que “igual que sucede con otros delitos, en los que el daño que un hecho aislado pueda ocasionar carece de relevancia (por ejemplo, delitos medioambientales o urbanísticos de escaso impacto medioambiental o urbanístico), algún sector doctrinal, particularmente en Alemania, ha elaborado la teoría de los “Kumulationsdelikte”, es decir, de “delitos acumulativos” en los que la razón de su incriminación legal no es el daño que se produce por la comisión aislada de un solo delito, sino el que se deriva de la acumulación masiva de muchos de ellos, aunque sea por diversas personas y en distintos lugares y momentos. Esto aplicado al blanqueo de ganancias provenientes de delitos menos graves, significaría que lo importante no es la cuantía o la gravedad del delito, sino ese hecho cometido repetidas veces y de forma masiva, aunque sea por diversas personas sin relación entre sí y en diversos momentos y lugares. Pero esto, aparte de infringir principios básicos del Derecho penal, como el de culpabilidad por el hecho y el de proporcionalidad en relación con el hecho concreto cometido por una o varias personas que es lo que en definitiva se juzga en un proceso penal, extiende las posibilidades de intervención del Derecho penal a cualquier actividad económica en la que se sospeche que se utiliza dinero proveniente de cualquier delito, lo que supone tanto como querer ponerle “puertas al campo” o cuestionar la licitud de una gran parte de las operaciones financieras o de las transacciones económicas que se llevan a cabo en cualquier parte del mundo.” (en MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 165).

<sup>817</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 232.

<sup>818</sup> Cfr. DEL CARPIO DELGADO, Juana, El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal, Tirant lo Blanch, Valencia. 1997, pgs. 81 a 87.

<sup>819</sup> Así lo refiere BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 207.

para que sea el libre juego de las reglas del mercado el que determine la oferta y demanda de bienes y servicios, los precios, los salarios, etc. Tales circunstancias son las que permiten a la banca mantener la confianza del público en ese sector, proporcionando la tranquilidad que los mercados de valores necesitan para seguir las reglas del libre mercado. En definitiva, bajo esta órbita de protección estaría la garantía de la utilización correcta de la libre circulación de capitales dentro de parámetros de libertad que permitan la estabilidad de los mercados financieros y de las economías nacionales<sup>820</sup>. A su vez, MUÑOZ CONDE afirma que la libre introducción de capitales ilícitos en la economía es algo que rompe con las reglas del mercado, y que “si esto se pudiera hacer impunemente se lesionaría además un principio básico de la economía de mercado: la concurrencia de los sujetos económicos del mercado en condiciones de *igualdad*.”<sup>821</sup>

Esta postura es abiertamente defendida por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ<sup>822</sup> basándose en diferentes argumentos que indican la relevancia que este bien jurídico tiene y su protagonismo frente a otros intereses que puedan ser afectados por la legitimación de capitales ilícitos. Este autor subraya que la evolución del poder económico de las organizaciones criminales en la segunda mitad del siglo pasado ha permitido que la economía mundial quedase expuesta a un flujo de capitales vinculados al delito, generando una nueva consciencia que ha determinado la creación de instrumentos internacionales sobre el tema, y la introducción del delito de blanqueo de dinero en los Códigos penales de la prácticamente totalidad de los países, llevando este autor a afirmar que “ese reconocimiento del blanqueo como delito no es fruto de una simple moda, sino que se debe a su enorme lesividad para uno de los pilares esenciales de nuestro modelo socioeconómico”. BLANCO CORDERO se pronuncia en el mismo sentido al afirmar que el capital, motor de la economía de mercado, constituye el

---

<sup>820</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 208.

<sup>821</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 162. El autor concluye: “El “blanqueo” de ese capital al introducirse en el mercado legal no lo “santifica”. Aunque algunos consideren que eso incluso puede ser beneficioso para el mismo mercado (argumento que, por ejemplo, sostienen entre nosotros Bajo Fernández y Suárez González), esto sólo puede decirse si se mira el blanqueo desde un punto de vista puramente económico, pero no si se lo ve desde el punto de vista jurídico. Esto se ve aún más claramente, si se tienen en cuenta los intereses de los que cumplen las reglas jurídicas, han adquirido lícitamente sus bienes, han tributado por ello, y ahora ven cómo el que no ha cumplido estas reglas y se ha enriquecido con el delito puede introducir sus ganancias ilícitamente adquiridas sin ningún problema, y sin haber tenido que pagar los gravámenes o cargas fiscales que hubiera tenido que pagar de haberlas adquirido lícitamente” (op.cit. pág. 162).

<sup>822</sup> El autor afirma que “en concreto, defendemos que el blanqueo afecta al principio de libre competencia”. Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 97.

fundamento de las posibilidades de desarrollo económico, porque la criminalidad organizada fortalecida económicamente es capaz de infiltrarse en la economía legal para alcanzar posiciones monopolísticas a través de la supresión de competidores<sup>823</sup>.

Por otro lado, la libre competencia es encomendada a los poderes públicos en virtud del mandato constitucional previsto en el artículo 38 de la Constitución Española que establece: “*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*”.

El legislador se ocupa de la tarea de defender la *libre competencia* por medio de la formulación de normas como las Leyes de Patentes y Marcas, la Ley General de Publicidad, Leyes sobre Defensa de la Competencia y de combate a la Competencia Desleal. Este comando constitucional autoriza también al Derecho penal tomar medidas de defensa acerca de los intereses que representa, a ejemplo de otras ramas del ordenamiento jurídico, tipificando las conductas dolosas y culposas que puedan ofrecer potencial ofensivo o poner en peligro<sup>824</sup> el orden socioeconómico u otras clases de bienes de jurídicos que la doctrina suele identificar como incorporadas a este tipo de criminalidad (como la Administración de Justicia, etc.).

Bajo esta perspectiva, la *ratio legis* de tal normativa está relacionada con la violación de principios de lealtad, la creación de privilegios frente a competidores en semejante situación, generando ventajas que al final definen una condición de superioridad fortalecida por un flujo de capitales que son en verdad ilícitos, pero que

---

<sup>823</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 223.

<sup>824</sup> Sobre este aspecto MUNOZ CONDE añade que se puede considerar el blanqueo como un delito de peligro, y no de lesión, como sí lo es el abuso de información privilegiada en el mercado de valores; pero su configuración como delito de peligro ni siquiera es la de un delito de peligro concreto, sino la de un mero delito de peligro abstracto; es decir, probablemente se ha tenido en cuenta a la hora de tipificarlo como delito el peligro que representa para el bien jurídico colectivo antes mencionado: igualdad de condiciones en la concurrencia en el mercado, pero sin exigir que en el caso concreto se demuestre o verifique empíricamente ese peligro, que queda como una mera hipótesis basada en la experiencia general de que es lo que generalmente sucede, aunque no haya sucedido en el caso concreto Cfr. Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 162.

contribuyen para el desarrollo de actividades relevantes en el seno del mercado<sup>825</sup>. Además, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ subraya la distinción entre *ratio legis* y el bien jurídico, y considera que la posibilidad en abstracto de alterar la *libre concurrencia* en el mercado no es un valor que merezca en sí mismo protección penal, esto supondría un adelanto injustificado de la barrera punitiva, sino que fundamenta la lesión del patrimonio que sería el bien jurídico tutelado por este precepto, tomando por base un concepto notablemente evolucionado de patrimonio, que abarcaría no sólo su consideración estática, como un conjunto de bienes, sino también un aspecto dinámico, esto es, incluyendo las expectativas económicas basadas en las reglas del mercado<sup>826</sup>.

En este contexto el delito de blanqueo de capitales puede presentarse como una actividad fronteriza entre lo que es lícito y lo que es ilícito, un riesgo para la confianza que es el principio rector de la economía<sup>827</sup>, generando un sentimiento de injusticia, pues los empresarios y trabajadores honestos tienen que convivir con agentes económicos distanciados de los objetivos lícitos de la economía de mercado, lo que ha llevado a ARÁNGUEZ SÁNCHEZ afirmar que “el desplazamiento de los competidores en beneficio de las empresas blanqueadoras se produce por la mayor competitividad de estas últimas, ya que cuentan con un capital adicional extraordinariamente económico, y al que no pueden recurrir las empresas legales”<sup>828</sup>. Por consiguiente, existe un claro interés en que las ganancias ilegales no puedan reintegrarse al tráfico comercial en

---

<sup>825</sup> Así lo explica ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: “El espíritu de este precepto es claro: el empresario que vulnera el marco normativo de desarrollo de su actividad atenta simultáneamente contra la leal competencia, pues se sitúa en una inmerecida posición de privilegio respecto a sus competidores en el mercado. precisamente, la máxima expresión de esta forma de deslealtad competitiva es el blanqueo de capitales de ilícita procedencia, pues en este caso la ventaja obtenida por el blanqueador respecto a quienes concurren con él en el mercado alcanza sus máximas cotas. En efecto, el capital con el que cuente una determinada empresa constituye una de sus principales bazas para desarrollar con éxito sus actividades en un mercado competitivo. Por ello, la existencia de agentes económicos que cuentan con una fuente de capital ilícita, casi ilimitada y a un coste económico muy inferior al del capital legalmente obtenido, supone un duro golpe a la competencia leal.” ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 98.

<sup>826</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 84.

<sup>827</sup> Como afirma BLANCO CORDERO (El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 222): “El principio de libre competencia se fundamenta en un elemento central: la confianza (*vertrauen*). La participación económica del hombre en el mercado se basa en la confianza de que el competidor también cumple las normas del mercado. La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia protege la limpieza de la competencia frente a los ataques contrarios al interés público, y pretende también regular el control de los acuerdos que limitan la competencia en el mercado, prohibiendo el ejercicio abusivo del poder económico, y aquellos comportamientos capaces de restringir o falsear la competencia. La Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991 protege en concreto la lealtad competitiva. La tutela de la competencia en Derecho español tiene un carácter dual: por un lado, se garantiza la existencia de la competencia a través de la Ley de Defensa de la Competencia, y, por otro, se protege la lealtad competitiva, en la Ley de Competencia Desleal.”

<sup>828</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 96.

razón de los desequilibrios que puedan derivar de tal circunstancia<sup>829</sup>. Así BLANCO CORDERO lo ha puesto de manifiesto al destacar que “la competencia es un principio rector de toda la economía de mercado. Constituye un «elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad», y representa, en el marco de las libertades individuales, la forma más importante de manifestación del ejercicio de la libertad de empresa. La doctrina nacional y extranjera, que nuclea el impacto del ataque del blanqueo de capitales en torno al orden económico, menciona expresamente, como uno de los aspectos del mismo que sufre directamente un atentado desestabilizador, el principio de libre competencia<sup>830</sup>”. En este sentido MUÑOZ CONDE afirma que “sería, pues, la *libre concurrencia en igualdad de condiciones* de los sujetos participantes en el mercado financiero lo que realmente vendría a proteger el delito de blanqueo y lo que le

---

<sup>829</sup> Nuevamente, ARANGUÉZ SÁNCHEZ describe la situación con precisión: “Algunos autores han señalado que una de las características de las organizaciones criminales dedicadas al blanqueo es que cuando se infiltran en la economía legal, lo hacen con la intención de alcanzar posiciones monopolísticas a través de la supresión de sus competidores. De admitirse esta idea, encontraríamos un nuevo argumento para defender que la competencia se ve quebrantada por la presencia de agentes económicos que intervienen en los mercados apoyándose en una ilícita financiación. Desde luego estas afirmaciones tendrían que ser respaldadas con el oportuno análisis criminológico y económico, pero a falta de tal estudio (por otro lado de complicadísima realización), intuimos que tal argumentación debe ser asumida con reservas. En muchas ocasiones, como ya hemos tenido oportunidad de comprobar, los blanqueadores utilizan empresas para legitimar la tenencia de fondos, aunque su mantenimiento suponga un coste (que será precisamente el coste de blanquear ese capital). Por tanto, el interés de controlar el mercado no se deriva, en nuestra opinión, de la intención de blanquear, sino de las leyes naturales de la economía, pues una vez se ha iniciado la actividad empresarial, su gestión apoyada por los fondos ilícitos le suele conducir a liderar el mercado. En otras palabras, no compartimos la opinión de que los blanqueadores busquen sectores de actividad en los que puedan alcanzar posiciones monopolísticas, sino que creemos que una dinámica prolongada de blanqueo de ingentes cantidades de fondos ilícitos a través de una determinada empresa termina por llevar a esa empresa a apoderarse de la mayor cuota de mercado que sus competidoras, pues podrá minimizar sus gastos al financiarlos con un capital ilegal obtenido a un bajísimo precio. Piénsese en una empresa dedicada aparentemente a servir comidas a domicilio, pero que realmente tiene como finalidad el blanqueo de las ganancias obtenidas por la venta de cocaína. La intención del blanqueador será conseguir el mayor volumen de negocios posibles, ya que cuanto más crezca su empresa mayor cantidad de fondos ilícitos podrá justificar sin levantar sospechas. Por ello, su empresa servirá las comidas a precio de coste, con lo que no obtendrá beneficios reales, pero si podrá justificar unos beneficios ficticios que en realidad ha obtenido con el narcotráfico. Ante esta situación, las demás empresas del sector no podrán subsistir durante demasiado tiempo, obteniendo de hecho el blanqueador una privilegiada posición en el mercado. De este modo, las posiciones monopolísticas que obtienen determinadas empresas-tapadera, más que como una finalidad buscada por el blanqueador, pueden ser entendidas como una consecuencia normal del desarrollo de algunas actividades blanqueadoras. De hecho, cabe imaginar que una empresa tapadera no quiera asumir el liderazgo del sector legal en el que desarrolla su actividad por temor a llamar la atención sobre su gestión y ser investigada por ello, con lo que una medida prudente para el blanqueador puede ser tolerar un cierto nivel de competencia en su sector, no llegando a eliminar a todas las empresas que rivalicen con ella por captar una determinada cuota de mercado.” ARANGUÉZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 99.

<sup>830</sup> BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. p. 224, subraya que “la economía de mercado se basa en la confianza en el principio de libre competencia. Las actividades económicas solamente tienen sentido cuando se garantiza que también los competidores se atienen a las mismas reglas, esto es, que existen posibilidades reales de hacerse respetar en el mercado. Este equilibrio se altera cuando el competidor dispone de un inagotable capital de origen delictivo”.

daría autonomía dogmática frente al delito originario, e incluso justificaría que también pudiera ser castigado como autor de un delito de blanqueo el que haya intervenido en el delito previo que originó la ganancia”<sup>831</sup>.

Entre los autores más destacados en esta línea de pensamiento se encuentra ABEL SOUTO, quien ha estudiado con gran profundidad el tema del bien jurídico en el ámbito del blanqueo de capitales y ha elaborado una serie de observaciones y razonamientos que tienen absoluta pertinencia y coherencia técnica, razón por la cual iremos profundizando su análisis.

En primer lugar ABEL SOUTO, siguiendo la doctrina mayoritaria, reconoce que la libre competencia es un bien valioso, un interés que debe preservado en el mundo económico. En este sentido afirma que la utilización en el mercado de recursos financieros procedentes de hechos delictivos es susceptible de incidir, de manera directa, en las empresas apartándolas de una competencia basada en los propios méritos. Así pues, el blanqueo puede contaminar la libre competencia. Sobre este aspecto se pregunta “¿por qué el ingreso de bienes ilícitos desestabiliza las condiciones de la competencia? La respuesta a esta pregunta nos la da QUINTERO OLIVARES<sup>832</sup> cuando dice que esos capitales delictivos han sido generados «sin los normales costos personales o financieros o industriales, ni carga tributaria». De modo que el blanqueo afecta notablemente a la competitividad, la cuestiona de alguna forma o con su incriminación «se protegen intereses directamente relacionados con la libre competencia y con el mercado». Hasta se ha asegurado que los perjuicios que se pueden originar en la fase de integración para el régimen de la libre competencia constituyen «el efecto más nocivo que causan los procesos de reciclaje sobre el orden socioeconómico».<sup>833</sup>

---

<sup>831</sup> No obstante este prestigioso autor, contextualiza su afirmación al afirmar que “Sin embargo, aunque éste sea un bien jurídico preciso y determinable, no deja de ser, como tantos otros bienes jurídicos colectivos, demasiado *genérico*; tan genérico que difícilmente podrá demostrarse que una concreta acción de blanqueo por sí misma, individualmente considerada, puede realmente ponerlo en peligro o dañarlo de un modo relevante. Obviamente, ni siquiera en las grandes operaciones de blanqueo se puede decir que un caso concreto altere la libre competencia en el mercado financiero como puede alterarla, por ejemplo, una operación basada en el uso de una información privilegiada en el mercado de valores. No obstante existir un en la doctrina un cierto consenso sobre la enorme importancia que tiene la *libre competencia* para la economía, algunas voces muy autorizadas en la doctrina se han pronunciado en el sentido de que este no es el exacto bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales, aunque se reconozca que las conductas blanqueadoras puedan ser capaces de ofender a este importante aspecto del mundo de las finanzas.” Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 162.

<sup>832</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: Comentarios a la Parte especial del Derecho penal, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 707.

<sup>833</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal..., op.cit., pág. 64.



No obstante, su opinión se decanta por no reconocer en la libre competencia el bien jurídico específicamente protegido por el blanqueo (“...a nuestro juicio, el principio de libre competencia, con ser «la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de y empresa», no constituye el bien jurídico que se protege con el tipo penal de blanqueo de dinero) pues “si bien hay que reconocer que el reciclaje puede vulnerar el principio de libre competencia, ello no sucede en todos los casos. Obviamente, la violación de normas de Derecho público supone una competencia desleal siempre que atribuya al empresario una ventaja concurrencia y comporte una desventaja para los competidores; mas los tipos penales contra el blanqueo «no se proponen proteger y no tutelan directamente los intereses privados y públicos típicamente protegidos por la disciplina privada y pública de la concurrencia»”<sup>834</sup>.

Para justificar su punto de vista este autor esgrime argumentos relacionados con la dinámica que el blanqueo tiene en la realidad económica, donde observaciones de carácter empírico y criminológico permiten cuestionar la directa relación blanqueo-criminalidad organizada y blanqueo-libre competencia.

Por un lado, dice el autor, la propia existencia de intereses generales relacionados con la libertad de competencia en el marco de la economía globalizada, especialmente en Europa, revela que este es un valor a ser preservado de manera amplia, no restringido a los ataques originados del blanqueo de capitales, al revés de una tutela punitiva general a la libre competencia.

En la dinámica del delito de blanqueo, la experiencia práctica demuestra que ciertas circunstancias muy comunes permiten indagar sobre la capacidad real de este delito para ser un foco específico de ataque a la libre competencia. Por una parte, se dice que los blanqueadores con frecuencia soportan el coste de empresas deficitarias para dar apariencia de legalidad a los capitales ilícitos, carga que representa el precio del blanqueo. Por otro lado, la utilización de empresas simuladas o “tapaderas” (negocios de pantalla o ficticios creados con la finalidad de encubrir operaciones ilícitas) no representan muchas veces una real actividad productiva y tienen como objetivo central permitir el ingreso de valores en el circuito económico de manera disimulada, lo que no significa necesariamente una ofensa a la libre competencia.

---

<sup>834</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal..., op.cit., pág. 67.

Por otra parte, así mismo en las situaciones en que son ejercidas actividades de blanqueo de capitales de forma habitual ello no significa que la formación de carteles o monopolios sea el objetivo central de los delincuentes. La creación de grupos que puedan dominar sectores de la economía, afectando la competencia, sería una consecuencia accidental, pues el verdadero propósito de los blanqueadores residiría en la voluntad de garantizar el disfrute de los bienes que derivan de hechos delictivos. Además, la actividad económica es un elemento que existe con independencia del delito, ya que no son todos los delincuentes que viven del crimen, no siendo necesariamente correcto presumir siempre que los capitales de lícita procedencia tendrán un uso económico lícito y, al contrario, que el dinero de origen delictivo se destinará a propósitos ilícitos. Por su vez, las relaciones entre el delito de blanqueo y la criminalidad organizada no están estampadas en el tipo fundamental del artículo 301, sino pueden representar una respuesta penal más severa por el agravamiento de la pena a los jefes de la organización, siempre que accidentalmente el caso de blanqueo esté relacionado con el crimen organizado, situación que puede variar de caso en caso, lo que no serviría de fundamento para la inclusión de la libre competencia como bien jurídico, aún más considerando que las actividades desarrolladas para vulnerar la igualdad de condiciones entre los agentes económicos puede ser manipulada por personas o grupos que no pertenecen al universo del delito organizado.

Por fin, en consonancia con buena parte de la doctrina, ABEL SOUTO destaca que el hecho de que la competencia desleal constituya una categoría jurídica con límites imprecisos, ciertamente, no ayuda al entendimiento del blanqueo como delito que tutela la libre concurrencia<sup>835</sup>.

Estas objeciones son con certeza muy razonables pero, a nuestro juicio, no sirven para alejar por completo la libre competencia del conjunto de bienes jurídicos afectados por el delito de blanqueo. En este punto, reitero mi visión pluriofensiva del delito de legitimación de capitales, donde el orden económico se encuentra en el centro de la cuestión y otros bienes jurídicos figuran como también afectados por la conducta de los blanqueadores.

Ante tales argumentos, creo que es muy pertinente la afirmación de FABIÁN CAPARRÓS en el sentido de que en la base del esquema punitivo antiblanqueo residen

---

<sup>835</sup> Cfr.: ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal..., op.cit., pág. 67-69.

las concepciones centrales ante una realidad cuya nocividad se manifiesta —tal y como se advierte en relación con el abuso de información privilegiada — en una doble trayectoria: “primeramente colectiva, perturbando las condiciones generales del mercado que permiten el normal desarrollo de la iniciativa privada, a la vez que la satisfacción de los intereses de consumidores y usuarios; en segundo término, individual, poniendo en peligro —si no lesionando— las legítimas expectativas de los particulares que aspiran a participar, cada cual desde su propia posición, en ese mismo juego de relaciones económicas.”<sup>836</sup>

#### **R) Los atributos de “estabilidad”, “credibilidad” y “previsibilidad” como componentes esenciales en el ambiente socioeconómico**

El blanqueo de dinero produce graves consecuencias para la economía. Existe un consenso en la doctrina en admitir que este tipo de delincuencia es un dañino fenómeno, y ello es confirmado por los estudios y análisis de organismos internacionales como el GAFI-FAFT<sup>837</sup> (Grupo de Acción Financiera Internacional). En su último análisis del sistema económico español<sup>838</sup> ha destacado que los grandes volúmenes de capital que circulan ilícitamente pueden afectar la economía de manera significativa, razón por la

---

<sup>836</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 229.

<sup>837</sup> El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es un organismo inter-gubernamental cuyo propósito es el desarrollo y la promoción de políticas, en los niveles nacional e internacional, para combatir el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo. Actualmente cuenta con 36 miembros plenos -34 jurisdicciones y dos organizaciones internacionales-, 8 miembros asociados -grupos regionales estilo GAFI-, y 25 miembros observadores, constituidos principalmente por organizaciones internacionales con incumbencias directas o indirectas en la materia. Se puede encontrar en la web del GAFI una lista de miembros y observadores: [http://www.fatf-gafi.org/Members\\_en.htm](http://www.fatf-gafi.org/Members_en.htm).

<sup>838</sup> Cfr. FATF (2014) – Medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo – España, Informe sobre la Cuarta Ronda de Evaluación Mutua. Este informe está disponible en la página web del GAFI: [www.fatf-gafi.org/topics/mutualevaluations/documents/mer-spain-2014.html](http://www.fatf-gafi.org/topics/mutualevaluations/documents/mer-spain-2014.html)

cual el país ha adoptado una serie de medidas preventivas para evitar la contaminación del mercado<sup>839</sup>.

A nivel normativo internacional, desde la Convención de Viena, pasando por importantes documentos como la Convención de Palermo o la Convención de Mérida contra la Corrupción, se viene afirmando la estrecha relación dañina que el crimen organizado ejerce sobre la economía valiéndose del blanqueo como un instrumento para alcanzar sus finalidades. También en el ámbito de la normativa europea han surgido medidas que buscan preservar la credibilidad del sistema financiero y la fiabilidad en el mercado, objetivos claramente perseguidos por la reciente DIRECTIVA 2015/849 20 de mayo de 2015, que en su exposición de motivos afirma que los flujos de dinero ilícito pueden dañar la integridad, la estabilidad y la reputación del sector financiero y poner

---

<sup>839</sup> En el apartado “5.9)” de del Informe GAFI 2014 se destaca la actual situación del sistema preventivo español: “España ha revisado casi todos los elementos del sistema preventivo para la PBC/FT desde la última evaluación de 2006. El elemento fundamental del sistema es la Ley de PBC/FT, que establece el alcance de las obligaciones en materia de PBC/FT, las obligaciones fundamentales de diligencia debida, otras medidas preventivas, la comunicación por indicio, y la supervisión de estas obligaciones. La Ley fue modificada en diciembre de 2013 con el fin de incluir requisitos adicionales (que reflejan los cambios introducidos en las Normas del GAFI en 2012). La Ley se complementa con el Real Decreto 304/2014 que se aprobó y entró en vigor el 6 de mayo de 2014 (es decir, durante la visita in situ). Este Real Decreto especifica más detalladamente varias obligaciones y aborda algunos elementos de las Normas del GAFI que todavía no se habían incorporado a la legislación española. Las leyes y la normativa españolas se basaban originalmente en la tercera Directiva de la UE sobre blanqueo de capitales y las actualizaciones desde 2010 han seguido muy de cerca las Recomendaciones del GAFI y las notas interpretativas. En consecuencia, existe un alto grado de uniformidad entre el sistema preventivo de España y las Normas del GAFI. En conjunto, España muestra un buen grado de cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida y de conservación de documentos, las medidas adicionales para las personas con responsabilidad pública, relaciones de corresponsalía bancaria, gestoras de transferencias, etc. España aplica a los sujetos obligados no financieros las mismas medidas preventivas que a las entidades financieras (con algunas escasas excepciones y adaptaciones), de forma que el grado de cumplimiento técnico también es elevado, en general, en el caso de los sujetos obligados no financieros.

5.11. Existe un área en la que las leyes y la normativa aplicables en España no se han actualizado: las transferencias electrónicas siguen rigiéndose por el Reglamento de la UE sobre transferencias electrónicas de 2006, que no ha sido actualizado todavía para reflejar los cambios introducidos en las Recomendaciones del GAFI en 2012. Esto significa que España presenta deficiencias significativas en relación con la información sobre los beneficiarios de las transferencias electrónicas y con las obligaciones de las entidades financieras intermediarias.”

en peligro el mercado interior de la Unión y el desarrollo internacional<sup>840</sup> afectando la solidez, integridad y estabilidad de las entidades financieras y de crédito, así como la confianza en el sistema financiero en su conjunto. Este comportamiento afecta también intereses de los particulares pues deturpa la realidad y tiene influencia sobre los factores que permiten prever el comportamiento del mercado.

Ante esta realidad que desde hace mucho tiempo se presenta como una evidencia, ABEL SOUTO afirma que con estos antecedentes es lógico que se considere que el artículo 301 del Código penal vigente, influenciado por la regulación internacional, esté destinado a proteger el sistema financiero para garantizar que funcione de forma estable y sólida, pues “las operaciones de legitimación de capitales empañan la transparencia del sistema financiero, desacreditan bien a las instituciones financieras, bien a los otros operadores económicos y, en suma, ponen en peligro la seguridad del tráfico comercial”<sup>841</sup>, y subraya que “la solidez y estabilidad del sistema financiero no representa el bien jurídico directamente menoscabado, sino que su afectación posee un carácter subsidiario respecto a la distorsión de la competencia, de la cual es consecuencia directa e inmediata, mientras que otros estiman que la falta de credibilidad en el mercado financiero y la lesión del principio de libre concurrencia se tratan de un mismo aspecto” .

Otra consecuencia importante de este tipo de *inestabilidad* es la posible generación de una *crisis de credibilidad* en el propio sistema financiero en razón de las dudas que pueden generar la circulación de capitales de dudosa origen. Esta situación lleva aparejada cierta dosis de *imprevisibilidad* del comportamiento de los inversores participantes del tráfico jurídico-económico pues las reglas básicas de las relaciones

---

<sup>840</sup> La nueva DIRECTIVA de 2005 reafirma que el blanqueo de dinero y el crimen organizado siguen constituyendo problemas significativos que la Unión debe abordar. Aparte de continuar desarrollando el planteamiento penal a escala de la Unión, la prevención específica y proporcionada del uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo resulta indispensable y puede producir resultados complementarios. El texto de la Directiva tiene fuerte matiz preventivo al destacar que “la solidez, integridad y estabilidad de las entidades financieras y de crédito, así como la confianza en el sistema financiero en su conjunto, podrían verse en grave peligro debido a los esfuerzos de los delincuentes y sus cómplices, ya sea por encubrir el origen de los productos del delito, ya por canalizar el producto de actividades lícitas o ilícitas a fines terroristas. Para facilitar sus actividades delictivas, quienes blanquean capitales y financian el terrorismo podrían aprovecharse de la libre circulación de capitales y de la libre prestación de servicios financieros que trae consigo un espacio financiero integrado. Por consiguiente, son precisas ciertas medidas de coordinación a escala de la Unión. Al mismo tiempo, debe establecerse un equilibrio entre los objetivos de protección de la sociedad frente a las actividades delictivas y de la estabilidad y la integridad del sistema financiero de la Unión y la necesidad de crear un entorno regulador que permita que las empresas desarrollen sus negocios sin incurrir en costes de cumplimiento desproporcionados.”

<sup>841</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal..., op.cit. pág.72.

económicas se convierten en meras referencias relativas, comprometiendo la serenidad que el mercado tanto necesita para funcionar de manera correcta.

Como destaca ABEL SOUTO este aspecto de la economía se ve fuertemente afectado por el blanqueo en la medida en que “los productores que operan honradamente, bajo las exigencias de la oferta y la demanda, se ven forzados a concurrir con aquellos cuya actuación se desarrolla ajena a cualquier criterio de racionalidad económica, con unos blanqueadores que se comportan en el mercado de manera *imprevisible*”<sup>842</sup>. Por lo tanto en las bases del sistema económico se basan en conceptos y valores como la seguridad, legalidad, previsibilidad y confianza, circunstancias que pueden ser afectadas por el blanqueo de capitales. Esta realidad ha llevado a BLANCO CORDERO a afirmar que “el potencial peligroso de los capitales ilícitos para la economía se observa en la lesión de uno de los principios sobre los que aquélla se asienta: la libre competencia. La incidencia sobre el mismo va a tener un reflejo inmediato en otros principios inspiradores del orden económico vigente, como la estabilidad y solidez del sistema financiero.”<sup>843</sup>.

No obstante los graves efectos que se producen sobre la economía por medio del blanqueo de capitales, ABEL SOUTO afirma no creer que el artículo 301 del Texto punitivo español tutele la solidez y estabilidad del sistema financiero. Sus argumentos merecen análisis pues sirven para matizar la inclusión de tales valores en el bien jurídico protegido por el blanqueo, dimensionando lo que son efectos de la criminalidad y lo que es algo propio del mundo de la economía. Son suyas las palabras: “En primer término, estimar que el mencionado aspecto supraindividual representa el bien jurídico protegido conllevaría la consagración de una categoría «ficticia», «difusa» o «nebulosa». Asimismo, las vagas expresiones como «pérdida de la confianza en el tráfico mercantil» o «deformación del equilibrio de mercado» " reflejan los denominados «daños inmateriales» de la criminalidad económica, efectos que, normalmente, no se producen de forma directa, sino remota. También se ha dicho que el sistema financiero constituye un instrumento neutro que canaliza los capitales convergentes en el mercado, cuyo funcionamiento no resulta afectado por la procedencia de los bienes, cual tampoco se

---

<sup>842</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal..., op.cit., pág. 65.

<sup>843</sup> BLANCO CORDERO recuerda, en este sentido, que “competencia formalmente pacífica y confianza permiten al mercado asumir una de sus funciones básicas: permitir a los operadores calcular y posibilitar las inversiones a largo plazo.” Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 225.

perturba la función de una red viaria por el origen lícito o ilícito de los vehículos que en ella circulan”<sup>844</sup>. ABEL SOUTO, mencionando las siempre lúcidas palabras del inolvidable VOGEL<sup>845</sup>, subraya que la opinión de que la confianza en la solidez y estabilidad del sistema financiero desempeña el papel de bien jurídico en el blanqueo nace viciado de principio, dentro de una argumentación circular, ya que «previamente habría que justificar por qué la utilización de bienes —aunque ilegales— en el sistema financiero legal debe afectar aquí a la confianza».

Nuevamente, creo que estas observaciones son ponderables y tienen razón, especialmente cuanto al grado de abstracción de conceptos como “estabilidad”, “credibilidad”, “previsibilidad” y “confianza”, atributos y valores cargados de subjetivismos y sujetos a interpretaciones coyunturales cambiantes conforme a la situación concreta de cierta sociedad y de acuerdo con la interpretación humana. Por tal motivo, creo que este es un aspecto más a ser tenido en consideración, una faceta de su bien jurídico, lo que confirma otra vez su naturaleza pluriofensiva y su estrecha conexión con el orden socioeconómico, como veremos a continuación.

#### **S) La “licitud” de los bienes que circulan en la economía: un presupuesto que tiene relevancia para el bien jurídico del blanqueo de capitales**

Un aspecto esencial del mundo de las finanzas es la licitud de las riquezas que sostienen los negocios jurídicos realizados. Esta es una ley del mercado, un principio que el hombre común sabe y reconoce como esencial en las transacciones que realiza en la sociedad moderna.

De tal suerte, es natural pensar que el delito previsto en el artículo 301 del Código Penal tenga por finalidad combatir todas aquellas conductas orientadas a la incorporación al tráfico económico legal de valores, dinero o bienes ilícitamente obtenidos, evitando la contaminación de esta especial relación de certeza en cuanto a su licitud. El orden económico necesita presentarse limpio y libre de sospechas ilícitas para que pueda generar un tráfico que posibilite la realización de negocios sin la sombra de la ilegalidad.

---

<sup>844</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal..., op.cit., pág.74.

<sup>845</sup> Cfr. VOGEL, J., "Geldwäsche - ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?", en ZStW, n° 2,1997, pág. 335.

Esta es una condición funcional esencial para el mantenimiento y funcionamiento de la economía y representa un presupuesto fundamental para el conjunto del orden socioeconómico.

Estos objetivos han sido señalados en el preámbulo de la reciente Directiva 2015/849 20 de mayo de 2015, y suele animar el espíritu de las normas internas de los países miembros frente a esta materia.

Por tales motivos ABEL SOUTO afirma que “el aspecto del orden socioeconómico que resulta afectado por el blanqueo debe concretarse en el tráfico financiero y económico legal. Por tanto, el bien jurídico protegido por el artículo 301 de nuestro Código penal lo constituye el interés de la comunidad en preservar la licitud de los bienes que son objeto de la circulación mercantil. Así pues, el tráfico financiero y económico legal debe ser tutelado de la contaminación que entraña la incorporación de bienes ilícitos”.

Este autor describe que un importante sector de la doctrina penal española se muestra partidario de semejante configuración del bien jurídico protegido por el artículo 301 del Código penal<sup>846</sup>.

En suma, ABEL SOUTO de decanta por afirmar que “las conductas contenidas en el artículo 301 de nuestro Texto punitivo referentes a la adquisición, conversión o transmisión de bienes procedentes de un delito, la ejecución de cualquier acto con el fin de ocultar o encubrir su origen, o para auxiliar a los responsables del hecho previo, así como la ocultación o encubrimiento de determinadas características relativas a los bienes, atentan claramente contra el orden socioeconómico, en concreto afectan a la circulación o tráfico mercantil. Es por ello por lo que se puede afirmar que el bien

---

<sup>846</sup> Describiendo es estado de la cuestión frente al delito de blanqueo ABEL SOUTO menciona la postura de DEL CARPIO DELGADO, que reputa tutelada «la circulación de los bienes en el mercado como elemento indispensable para su normal funcionamiento y de la economía en general» La introducción de capitales delictivos, según la mentada monografista, los sitúa fuera de cualquier control, tanto por parte del Estado, al que compete regular y proteger los aspectos fundamentales en los mercados normativizados, como de los particulares, que deben conocer el origen de los bienes con los que negocian. Junto a esta autora podemos citar a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, a cuyo juicio el bien tutelado «puede expresarse en la idea de la licitud de los bienes que circulan en el mercado» y a MUÑOZ CONDE, el cual entiende que el fenómeno que nos ocupa también cuestiona, al lado de otros bienes jurídicos, «la correcta circulación o tráfico de los bienes en el mercado». En cierta medida, es posible incluir en este sector doctrinal a FERRE OLIVÉ, por cuanto que sostiene que la causa de desestabilización del mercado radica en que los bienes delictivos «circulan libremente y en pie de igualdad con los capitales ilícitos» y a VIDALES RODRÍGUEZ, GONZÁLEZ CUSSAC y VIVES ANTÓN, habida cuenta de que concretan el atentado que el blanqueo comporta para el orden socioeconómico en la seguridad del tráfico comercial.” Así lo expone en “El delito de blanqueo en el Código Penal..., op.cit., págs.80-82.



jurídico protegido por el aludido precepto del Código penal español está representado —aunque no exclusivamente— por el interés de la comunidad en preservar la licitud de los bienes en el tráfico financiero y económico legal”<sup>847</sup>.

#### **T) La relevancia del orden socioeconómico como bien jurídico protegido en el blanqueo de capitales**

Ante todo lo expuesto, creo que la postura de MARTÍNEZ-BUJÁN en cuanto al bien jurídico del blanqueo en lo que se refiere a la Administración de la Justicia aborda aspectos que merecen ser tenidos en consideración. El autor subraya que tomando por base “la voluntad del legislador, plasmada en la incardinación sistemática del delito y en la explicación ofrecida en el Preámbulo del Proyecto de CP de 1992 (Proyecto que ha sido tenido muy en cuenta en la elaboración del nuevo C.p. de 1995, según se declara expresamente en el Preámbulo de éste), *es evidente la configuración “genuinamente” socioeconómica que se pretendió otorgar al blanqueo de bienes.*

Pero es necesario tener en consideración que la técnica de tipificación utilizada para describir el delito —sustancialmente coincidente con la empleada en la definición del antiguo art. 344 bis h) del C.p. derogado—, en la línea de un verdadero tipo autónomo de encubrimiento, indica la naturaleza de un auténtico delito contra la Administración de justicia. En razón de tal circunstancia destaca que “precisamente sobre la base de esta última reflexión algunos autores siguen manteniendo —como mayoritariamente se sostenía al hilo del antiguo art. 344 bis h)— que el bien jurídico del vigente art. 301 debe seguir consistiendo en la tutela de la Administración de justicia en su función de averiguación, persecución y castigo de los delitos, aunque ciertamente tal objeto jurídico se conciba en el marco de una construcción pluriofensiva”<sup>848</sup>.

Sin embargo, cierto sector de la doctrina ha apuntado ciertos aspectos que indican la insuficiencia de la perspectiva de la tutela de la Administración de justicia como único bien jurídico, como la disparidad de la respuesta penal con que se conmina el blanqueo frente al encubrimiento y a la receptación, además de la circunstancia de que, a diferencia de estos delitos, en el blanqueo no opera la limitación de la pena señalada para el hecho previo<sup>849</sup>.

---

<sup>847</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal..., op.cit., pág. 61.

<sup>848</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa..., op.cit. pág. 594.

<sup>849</sup> Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ: Reflexiones técnicas y de política criminal..., op.cit. pág. 8 y ss.

Los intereses macroeconómicos representan en la actualidad uno de los aspectos más relevantes y preocupantes para los Estados y para la sociedad en general. Bajo diferentes acepciones tanto la doctrina penal como los textos legales han catalogado ciertas categorías de intereses expresiones, como “orden socioeconómica”, “sistema financiero”, “circuito económico”, etc<sup>850</sup>. Como ilustra BLANCO CORDERO “son diversas las expresiones empleadas para concretar efectivamente el bien jurídico: «el actual orden social y económico» , «el orden económico establecido» , «la corrupción del marco total de la economía nacional» , «la economía nacional en su totalidad» , «las economías lícitas» , «la solidez y estabilidad de las entidades de crédito o instituciones financieras y la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando la pérdida de confianza del público»”.<sup>851</sup>

Sin embargo, como advierte MARTÍNEZ-BUJÁN “el concepto de *orden económico* no sirve para designar, en rigor, un bien jurídico directamente protegido en sentido técnico, ni siquiera en el caso de los delitos económicos en sentido estricto. De ahí que, a los efectos de interpretar la figura del blanqueo, resulten insuficientes las meras referencias a dicho orden sin mayores especificaciones.” Esta observación conceptual la hace también ARÁNGUEZ SÁNCHEZ cuando afirma que “todas estas referencias, y en general la utilización del concepto de “orden socioeconómico”, resultan enormemente imprecisas, y por ello no puede servir de bien jurídico. El orden socioeconómico carece de la concreción necesaria para ser considerado como un bien jurídico, pues más bien es una categoría que se articula en distintos intereses. Por esta razón, la doctrina se ha esforzado en indicar el aspecto concreto de la economía que se ve afectado por la actividad del blanqueador.”<sup>852</sup>

No obstante las dificultades en definir la esencia de este bien jurídico son inmensas. Con oportuna lucidez ABEL SOUTO recuerda a PEDRAZZI<sup>853</sup> para quien “el Derecho penal económico probablemente representa uno de los sectores de la parte especial en que la utilización del concepto del bien jurídico es más ardua y

---

<sup>850</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 83.

<sup>851</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 218.

<sup>852</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 84.

<sup>853</sup> Cfr. PEDRAZZI, C.: El bien jurídico en los delitos económicos. En AAVV “La reforma penal: delitos socio-económicos.” (coord. BARBERO SANTOS) Madrid, 1995, pág. 282.

problemática: en el que los objetos merecedores de tutela son más difíciles de aislar y recortar.<sup>854</sup>»

Pienso que estas matizaciones son razonables, no limitadas a definiciones genéricas, pero enfocadas en la necesidad de siempre exigir el más alto grado de concreción en el tema de la definición del bien jurídico<sup>855</sup>. Este necesario cuidado conceptual ha sido mencionado por BLANCO CORDERO también: “en nuestra opinión, la alusión al orden económico en su conjunto es excesivamente vaga e imprecisa para constituir un bien jurídico, y requiere determinar qué aspectos de aquél son lesionados o puestos en peligro por el blanqueo de capitales”<sup>856</sup>.

El desarrollo del concepto de orden socioeconómico por la doctrina ha sido bien enfocado por TIEDEMANN al destacar que “el delito económico no sólo se dirige contra intereses individuales sino también contra intereses social-supraindividuales (colectivos) de la vida económica, es decir, se lesionan *bienes jurídicos colectivos o social-supraindividuales de la economía*. Bien protegido no es, por tanto, en primer término el interés individual de los agentes económicos sino el orden económico estatal en su conjunto, el desarrollo de la organización de la economía, en pocas palabras, la economía política con sus ramas específicas (sistema financiero, sistema crediticio, etc...). Por este motivo el fraude fiscal y la obtención fraudulenta de subvenciones son ya delitos económicos. Para España, el manual de *Bajo Fernández*, sigue la misma línea del orden económico como objeto de protección”<sup>857</sup>.

A su vez, MUÑOZ CONDE señala que el desarrollo del espectro de tutela penal también se ha dado en el otros ámbitos, pues “esta ampliación de los comportamientos punibles ha llevado también a una ampliación del catálogo de bienes jurídicos protegibles por el Derecho penal, añadiendo a los bienes jurídicos tradicionales, referidos a bienes materiales tangibles o inmateriales, principalmente concretos intereses individuales (vida, integridad física, libertad, honor, intimidad, propiedad), o a algunos sociales importantes (salud pública, seguridad en el tráfico automovilístico, fe

---

<sup>854</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo en el Código Penal Español. Editora Bosch. Barcelona, 2005, pág. 57.

<sup>855</sup> Es cada vez más importante la necesidad de saber diferenciar los grandes casos de blanqueo de dinero de situaciones en que el orden socioeconómico no se ve afectada, sea por la pequeña cantidad de dinero empleada en las operaciones financieras, sea por estar relacionada a un delito fiscal antecedente (donde el *bis in idem* punitivo es cuestionable).

<sup>856</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág.220.

<sup>857</sup> Cfr. TIEDEMANN, K.: Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español y alemán). Barcelona, Ed. PPU, 1993, pág. 32.

pública, orden constitucional, administración pública), otros de nuevo cuño que se denominan con conceptos vagos o excesivamente genéricos, como el equilibrio de los sistemas financieros, el correcto funcionamiento de la circulación de capitales, el medio ambiente, o la seguridad colectiva. Y para proteger a estos nuevos bienes jurídicos se utiliza de forma generalizada la técnica de los delitos de peligro, pero no en su forma de peligro concreto, sino de peligro abstracto, que no requiere la demostración de un peligro concreto para bienes jurídicos individuales, sino una simple peligrosidad hipotética basada en las reglas de la experiencia y en el conocimiento cognitivo de que en determinados casos pueden producirse daños como consecuencia de una conducta, aunque en el caso concreto ello no ocurra. Las conductas punibles se tipifican además de forma casuística y descriptiva, recurriéndose incluso a cláusulas legales analógicas. Y por si todo esto fuera poco, la mayoría de los tipos penales de ese moderno Derecho penal contienen numerosas referencias a normas de carácter extrapenal, principalmente administrativas incluso con rango inferior al de ley, sin las cuales el delito queda vacío de contenido.”<sup>858</sup>

Esta concepción tradicional distingue dos ámbitos: un estricto y otro amplio<sup>859</sup>. De un lado está la regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, alcanzando esferas de intereses que se encuentran más allá de los intereses patrimoniales de los ciudadanos, pues abarca la propia producción de la riqueza. Este es el orden económico en *sentido amplio* que afecta intereses que se encuentran por encima de las relaciones individuales. Por otro lado, en un *sentido estricto*, el orden socioeconómico está representado por la intervención del Estado en las relaciones económicas fundamentales, al definir los aspectos que condicionan la vida de los

---

<sup>858</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 157-158.

<sup>859</sup> Sobre este aspecto ABEL SOUTO ha destacado: “A tal efecto, BAJO FERNÁNDEZ, imbuido de las ideas de TIEDEMANN, tras definir semejante sector del Ordenamiento como las normas penales que protegen el orden económico, entiende por Derecho penal económico en sentido estricto las disposiciones que tutelan dicho orden concebido cual «regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía» asimismo, precisa que el Derecho penal económico en sentido amplio está integrado por el conjunto de preceptos penales que salvaguardan el orden económico en tanto que «regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios» Si bien existen otros conceptos de Derecho penal económico basados en el autor, en criterios procesales, criminológicos, constitucionales o integradores y aun cuando se hayan destacado tanto las insuficiencias de la noción estricta como la pérdida de precisión conceptual del Derecho penal económico en sentido amplio, es lo cierto que la doble caracterización de BAJO FERNÁNDEZ fue asumida en nuestro país convirtiéndose en doctrina dominante.” (en El delito de blanqueo en el Código Penal Español..., op.cit. pág. 59).

agentes económicos, la intervención del Estado en la economía, y las relaciones entre los individuos<sup>860</sup>.

En España, este orden económico en sentido estricto sería el elegido por el legislador para sistematizar los bienes jurídicos dentro del Código Penal (Título XIII – Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) posibilitando el desarrollo de una política-criminal basada en la protección de tales intereses. Además, en lo que se refiere al blanqueo de capitales y su localización en el Capítulo XIV (al lado de la receptación) el tipo penal del blanqueo de dinero parece estar vinculado desde el principio al orden socioeconómico por el legislador. La tipificación del delito de blanqueo de capitales cumple esta función de darle autonomía y permitir la protección específica del bien jurídico representado por la economía. En este sentido MUÑOZ CONDE afirma que “eso sucede cuando se analiza el bien jurídico protegido del blanqueo considerándolo como un delito autónomo con un bien jurídico propio. Esto es lo que sucede cuando, por ejemplo, como mantiene un sector doctrinal, se considera que el bien jurídico del blanqueo es el mercado financiero o la circulación legal de capitales (así, por ejemplo, Del Carpio Delgado; y, en general, aunque con diversos matices la mayoría de los autores que se han pronunciado monográficamente sobre este tema, como por ejemplo, Blanco Cordero, Palma Herrera, Gómez Iniesta, Fabián Caparros, etc. Una opinión similar mantenía ya Díez Ripollés incluso cuando la regulación del blanqueo estaba ligada a la del narcotráfico, considerando que se trataba de un delito contra el orden socioeconómico)”<sup>861</sup>.

En el ámbito de la doctrina penal, como describe BLANCO CORDERO “algunos autores parten de que el blanqueo es un delito pluriofensivo, pero en última instancia se decantan por el orden socioeconómico como bien jurídico directamente menoscabado. Desde esta perspectiva, por lo tanto, el blanqueo es un delito pluriofensivo, lesiona tanto el orden económico como la Administración de Justicia, aunque el ataque más importante recae sobre el orden económico.”<sup>862</sup>

---

<sup>860</sup> Sobre el tema BOTTKE, W.: Sobre la legitimidad del Derecho penal económico en sentido estricto y sus descripciones típicas específicas. En *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, BOE, Estudios Jurídicos, Serie Derecho Público, nº 4. 1995, pág. 637.

<sup>861</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 161.

<sup>862</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 205.

Sobre esta cuestión ARÁNGUEZ SÁNCHEZ<sup>863</sup> destaca que las conductas de blanqueo de dinero afectan importantes pilares de la economía, básicamente la confianza en los mercados, la transparencia y fiabilidad en las relaciones comerciales, la certeza de que la riqueza circulante está basada en el poder constructivo del motor económico y no en el delito, y contamina de forma muy sensible la libre competencia. De ahí que LAMPE ha llegado a la conclusión de que, en cierto modo, el delito de blanqueo debe tener como principal misión impedir que los beneficios obtenidos ilícitamente se reinviertan en los círculos económicos o financieros legales, pues nos advierte del enorme peligro de corrupción que supone el ingreso de ingentes cantidades de dinero negro en las instituciones de crédito. No obstante, reconoce que el interés del Estado en la tutela del Derecho también se ve lesionado por estas conductas, pero, en su opinión, la Administración de Justicia como bien jurídico quedaría relegada a un papel meramente secundario<sup>864</sup>.

Por otro lado, la perspectiva internacional es destacada en este contexto por BLANCO CORDERO al admitir ser “más acertado optar por un bien jurídico de carácter económico, en la línea de lo manifestado en el Preámbulo del Convenio de Viena, según el cual los vínculos que existen entre el narcotráfico y otras actividades delictivas de las organizaciones criminales relacionadas con él, «socavan las economías lícitas». De forma insistente la doctrina mayoritaria, tanto nacional como extranjera, se pronuncia en favor de una vinculación del blanqueo de capitales con la influencia que despliegan el dinero y los bienes de origen delictivo en la economía legal. Se destaca, con ello, que el blanqueo de capitales es un delito económico con el que se pretende proteger un bien jurídico de carácter económico”<sup>865</sup>.

Sergio MOCCIA considera que el orden económico se ve perturbado gravemente por estas conductas, pues con frecuencia las empresas a través de las cuales se blanquea el dinero se sitúan en una posición de monopolio, o cuanto menos de supremacía respecto a las demás, alterando gravemente las reglas de la libre

---

<sup>863</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 84 y ss., aquí referido.

<sup>864</sup> LAMPE, E.: “Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB) publicado en Juristen Zeitung en 1994”, texto traducido por Miguel ABEL SOUTO en Estudios Penales y criminológicos, nº XX. 1997. Este aspecto es así referido por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 84.

<sup>865</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 216.

competencia<sup>866</sup>. Como describe FABIÁN CAPARRÓS “es que un mercado en el que se lavan y reinvierten capitales sucios se convierte poco a poco en un núcleo de relación *dominado por unos pocos*, en el que los operadores económicos pierden la confianza sobre la que se deben basar en todo caso las relaciones comerciales”<sup>867</sup>.

Por otro lado, los efectos que el blanqueo de dinero puede tener específicamente sobre la libre competencia pueden ser especialmente graves sobre la libertad de tráfico de los negocios legales, dando ocasión al nacimiento de fenómenos como la formación de cárteles, monopolios y grupos que pueden actuar de manera poderosamente coordinada para influenciar los destinos del mercado de valores y capitales, o dominar amplios sectores de la economía. ABEL SOUTO destaca la capacidad del crimen organizado en formar grupos o monopolios destacando que “efectivamente, la delincuencia organizada persigue tanto la infiltración en la economía lícita como la consecución de posiciones monopolísticas, eliminando a la competencia y apropiándose progresivamente del mercado”<sup>868</sup>.

En este sentido hay que tener presente que los efectos de este tipo de criminalidad son mucho más expresivos en los tiempos actuales, donde la economía está fuertemente integrada y globalizada, dentro de un entramado de intereses que están muchas veces distanciados de la licitud. Un ejemplo de este fenómeno fue la reciente crisis vivida en Estados Unidos y Europa, especialmente en el sector inmobiliario y bancario, cuyos efectos sobre la estabilidad de los mercados, del real sentido de riqueza y el valor de las cosas, se ha perdido en su verdadero significado.

En Portugal FARIA COSTA ha subrayado que las actividades de blanqueo de capitales ejecutadas por grupos organizados pueden ejercer un peligroso control sobre ciertos segmentos o sectores de la economía<sup>869</sup>. Esta constatación coincide con el

---

<sup>866</sup> Cfr. MOCCIA, S.: Impiego di capital illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano. En *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascículo 3, año 1995.

<sup>867</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 228.

<sup>868</sup> Sobre el tema recuerda a DÍEZ RIPOLLÉS: “En este sentido, ya hace más de una década que DÍEZ RIPOLLÉS puso de relieve que las organizaciones vinculadas al narcotráfico llevan a cabo actuaciones de monopolio u oligopolio, las cuales repercuten en todos los sectores de la libre concurrencia, «desde los mecanismos de formación o determinación de los precios hasta la salvaguarda de los derechos de los consumidores». (en *El delito de blanqueo en el Código Penal...*, op.cit. pág. 64, refiriéndose DÍEZ RIPOLLÉS en “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”, en *ADPCP*, Tomo XL, Fascículo II, mayo-agosto 1987, pp. 347-400).

<sup>869</sup> Cfr. FARIA COSTA, J.: El blanqueo de capitales. Algunas reflexiones a la luz del Derecho penal y de la política criminal. En *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, pág. 675.

pensamiento de CASTALDO, para quien el crimen organizado tiene la capacidad de reinvertir sus ganancias y valores obtenidos con el delito en la economía lícita, generando consecuencias para el sistema financiero, dejando el tráfico jurídico fragilizado, las normas desacreditadas, y afectando la paridad de condiciones entre quienes participan en el mercado, poniendo en riesgo la credibilidad de todo el sistema<sup>870</sup>. La contaminación de la economía por el blanqueo puede darse de distintas formas, y la *libre competencia* está expuesta a movimientos bruscos, especulativos y oscilaciones que pueden ser retroalimentadas por una reacción inestable de los agentes económicos. La última gran crisis mundial ha revelado una inmensa fragilidad en el sector bancario, avalado por escándalos que invariablemente han tenido como protagonistas operaciones de blanqueo de dinero.

En este sentido son las observaciones de FERRÉ OLIVÉ<sup>871</sup> partidarias de considerar al orden socioeconómico como el interés conculcado en el blanqueo de capitales, fundamentalmente por su incidencia en la libre competencia, postura que es coherente con los fundamentos tan finamente manejados en el pensamiento de ROXIN acerca de este tema<sup>872</sup>.

En este sentido, aunque considerando que el blanqueo afecta a una pluralidad de intereses, en el centro de la cuestión está el correcto funcionamiento del mercado, pues el blanqueo afecta a la credibilidad de los sujetos que en él intervienen en este ámbito. Sin embargo, la cuestión más importante no es el alcance material y objetivo de los daños causados a la economía, lo que sería un mero juego de números y valores, sino lo que está por detrás que es el intenso reproche a comportamientos que se destinan a incorporar al normal tráfico económico bienes, dinero o valores que tienen origen en actividades delictivas.

Aunque el dinero circulante sea importante para la economía, la acumulación de riquezas en manos de la delincuencia organizada proporciona el fortalecimiento de personas o grupos de personas que pueden venir a dominar amplios sectores de la

---

<sup>870</sup> Cfr. CASTALDO, A.: Técnicas de tutela y de intervención en el nuevo Derecho penal bancario italiano. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ed. BOE., año 1994, ISSN: 0210-3001, pág. 177 y ss.

<sup>871</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Blanqueo de capitales y criminalidad organizada. En FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLÓ, Enrique (eds.) Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva. Universidad de Huelva, 1992.

<sup>872</sup> Cfr.: ROXIN, C.: Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas de Diego LUZÓN PEÑA, Madrid, 1997, págs. 62 y ss. (ítem 24 y ss.).



economía. De la misma forma, no tiene mucho sentido argumentar que el mercado es un instrumento neutro, que canaliza capitales sin que el origen de éstos afecte a su funcionamiento o que no se interesa por el origen o procedencia del dinero, pues lo que cuenta es la circulación de valores. Este también es el pensamiento de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ al afirmar “que el blanqueo aumente o agilice los intercambios económicos no significa que no sea lesivo para el orden socioeconómico”<sup>873</sup>.

En este sentido, tiene razón ARROYO ZAPATERO al afirmar que «proteger la esencia del sistema económico quiere decir asegurar el cumplimiento de los fines que la Constitución atribuye al Estado en el orden socioeconómico: que la libertad económica no impida la libertad real de las personas y los grupos y los procesos de igualdad y participación, porque el mercado en el orden constitucional es un mercado normativizado, en el que las normas estatales regulan aspectos esenciales de la actuación de los agentes económicos»<sup>874</sup>.

En la misma línea que DEL CARPIO DELGADO para quien “el orden socioeconómico no constituye el bien jurídico inmediatamente protegido por el delito de blanqueo de bienes”<sup>875</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ concluye que “el orden socioeconómico no es el bien jurídico *inmediatamente* tutelado por el delito de blanqueo, pero ello se debe a que, como hemos dicho, el orden socioeconómico no es un bien jurídico, es demasiado abstracto para ser considerado como tal, sino una categoría que agrupa a varios bienes jurídicos que tienen en común el configurar el actual marco económico que promociona nuestra Constitución. De este modo, la circulación de los bienes en el mercado no es sino una concreción de la categoría genérica de intereses que configuran el orden socioeconómico”<sup>876</sup>. Tal postura al menos matiza la circunstancia antes referida en el sentido de que el orden socioeconómico es un concepto de difícil definición, aunque no deje de ser afectada por el blanqueo de capitales.

---

<sup>873</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág.

<sup>874</sup> Cfr. ARROYO ZAPATERO, L.: Delitos socioeconómicos. En VIVES ANTÓN, Tomás, y MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (dirs.) – Estudios sobre el Código Penal de 1995, Parte Especial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pág. 361. Así también referido por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 89.

<sup>875</sup> Cfr. DEL CARPIO DELGADO, J.: El delito de blanqueo en el nuevo Código Penal. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 1997, pág. 81.

<sup>876</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 89.

No obstante, aun reconociendo las grandes dificultades conceptuales a la hora de definir el exacto significado de orden socioeconómico, pienso que este bien jurídico es el protagonista cuando se habla del blanqueo, y suscribo la postura de la mayoría de la doctrina dominante que así lo entiende también. Sobre este asunto ABEL SOUTO reconoce: “la opinión dominante entre la doctrina patria defiende que con el tipo penal del blanqueo se protege el orden socioeconómico.”<sup>877</sup>

Creo que tiene absoluta pertinencia y es *correcta* la postura de MARTÍNEZ-BUJÁN, cuando afirma que “*es claro que la perspectiva socioeconómica debe ser tomada en cuenta para caracterizar el bien jurídico tutelado en el art. 301*, y que ese bien jurídico puede concretarse en la idea de la licitud de los bienes que circulan en el mercado, que debe ser protegida frente a la incorporación de bienes de procedencia delictiva”.

Su pensamiento tiene coherencia pues considera la diferencia existente entre los conceptos de *bienes jurídicos inmediatos* y *bienes jurídicos mediatos*. Este planteamiento es de fundamental importancia en el ámbito del Derecho Penal económico, principalmente en la actualidad.

Para MARTÍNEZ-BUJÁN los *bienes jurídicos inmediatos* son los incorporados en el injusto penal, figurando como contenido de la antijuridicidad material. El autor del delito debe alcanzar dolosamente y afectar este bien jurídico para que exista un delito. En este sentido el bien jurídico cumple una función interpretativa que posibilita desvelar el sentido y finalidad de la incriminación legitimando la norma penal. Por otro lado, los *bienes jurídicos mediatos* sirven de parámetro y orientación para la clasificación de los tipos y sistematización de las normas incriminadoras. De esta manera, en el ámbito del Derecho Penal económico la figura del “orden socioeconómico” es el elemento mediatado que sostiene bienes jurídicos inmediatos como la libertad de competencia, la lealtad en el mercado, los derechos de autor, de los consumidores, o cualquier otra de las categorías delictivas previstas en Título XIII del Libro II del Código Penal español.]

Su pensamiento se desarrolla en el marco de la concepción significativa de la acción, sustentada por VIVES ANTÓN, según la cual el bien jurídico puede ser encarado como un elemento integrante del tipo de acción, dentro de una dimensión

---

<sup>877</sup> Este autor menciona vasta bibliografía en su monografía. Véase: ABEL SOUTO, M.: El delito de blanqueo..., op.cit. pág. 60.

valorativa usualmente conocida como desvalor de resultado. En este sentido el bien jurídico asume una *función interpretativa*. Asimismo el bien jurídico representa los motivos y fundamentos por los cuales se permite justificar la intervención penal, un proceso legitimador del castigo representado por la norma penal incriminadora. Esto corresponde a un sentido *procedimental* que conecta el bien jurídico a la verificación de existencia de lesividad como protagonista en el sistema penal.

Como explica MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ “esa noción de bien jurídico no sólo incluya al objeto inmediatamente protegido (bien jurídico en sentido técnico), sino también todo el entramado de intereses legítimos que subyacen en la norma penal y que operan como bienes mediatos o, en general, como *ratio legis* o motivo de la criminalización”<sup>878</sup>. Así se expresa con precisión este autor: “la concepción procedimental supone, pues, un cambio de paradigma a la hora de abordar la dogmática del bien jurídico, apartándose de todas las concepciones (sean formales, sean materiales) existentes. El motivo de dicho cambio deriva de la imposibilidad de delimitar un núcleo material o formal común a todas las conductas sancionadas por la ley penal. Por tanto, el bien jurídico no es un objeto (un objeto ideal al que se contrapondría, con un status ontológico análogo, el objeto material), porque no existe un núcleo común a todos los bienes jurídicos, en el sentido de que no es factible definir el bien jurídico como una clase de objetos en términos de concepto, material o formal: en la dogmática del bien jurídico la aspiración de definir el bien jurídico en términos de concepto (esto es, intentando aprehender en un concepto las características sustantivas que lo definen) ha desembocado o bien en la adopción de definiciones vacías, o bien, cuando se las ha intentado dotar de sentido, en definiciones insuficientes o inadecuadas”<sup>879</sup>.

Refiriéndose a VIVES ANTÓN, para quien el bien jurídico es entendido como una razón o fundamento por el que se pretende justificar la correspondencia entre delito y pena,<sup>880</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN señala que existe una imposibilidad de formular un concepto genérico de bien jurídico. El papel de la Constitución y de los derechos fundamentales indican en qué medida determinada prohibición resulta

---

<sup>878</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Bien jurídico y derecho penal económico..., op.cit., pág. 295.

<sup>879</sup> Ibidem, p. 295.

<sup>880</sup> Cfr. VIVES ANTÓN: Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, en Terrorismo y proceso penal acusatorio (Gómez Colomer/González Cussac, coords.), Valencia, 2006, pág. 45.

constitucionalmente legítima. Este contexto de justificación induce a establecer límites al legislador. En este sentido importa saber qué es lo que justifica o legitima racionalmente la intervención penal.

En el ámbito de los delitos socioeconómicos, donde se inserta el blanqueo de capitales, tiene razón este autor cuando dice que “desde la perspectiva político-criminal de la estrategia de lucha contra el blanqueo de bienes, la comprensión de esta figura delictiva como un genuino delito contra el orden económico, que incide directamente sobre la última fase del fenómeno del blanqueo de capitales (o sea, la integración del dinero o bienes de origen delictivo en la economía legal), posee la indudable ventaja de incluir todos los estadios intermedios, permitiendo superar una visión parcial, como la que ofrecería la concepción de dicha figura como un delito contra la Administración de justicia. A la vista de todo lo anterior, parece fuera de toda duda que la licitud de los bienes en el tráfico financiero y económico legal es un bien jurídico técnicamente protegido en el delito de blanqueo.”<sup>881</sup>.

Tal postura tiene un componente técnico especial, pues realiza la referida distinción entre *bien jurídico mediato* (el orden económico general) y otro *inmediato* (los intereses directamente tutelados)<sup>882</sup>, método que pienso ser el más adecuado para identificar los problemas relativos al bien jurídico frente su ámbito de protección, ofreciendo soluciones teóricas aceptables y correctas.

La distinción entre estas categorías es así explicada por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ:

a) En un primer plano la noción de *bien jurídico mediato* posee un significado que se vincula al más amplio concepto de *ratio legis* o “finalidad objetiva de la norma”. Aquí lo que se trata es de expresar las razones o motivos que han llevado al legislador a incluir determinadas conductas en el rol de delitos confiriéndoles tipicidad penal;

---

<sup>881</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico y de la Empresa..., op. cit. pág. 597.

<sup>882</sup> Cfr. ABEL SOUTO, quien así expresa su concordancia con esta postura altamente técnica de MARTÍNEZ-BUJÁN: “el orden económico -asegura MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ— «no sirve para designar, en rigor, un bien jurídico directamente protegido en sentido técnico, ni siquiera en el caso de los delitos económicos en sentido estricto» Tal inadecuación obliga a distinguir un bien jurídico mediato —es decir, el orden económico general— y otro inmediato; a saber: el interés directamente tutelado. Por consiguiente, se impone indagar cuál sea el bien jurídico inmediatamente protegido por el delito de blanqueo”. Cfr. El delito de blanqueo en el Código Penal..., op. cit. pág. 61.

b) En concreto será siempre el *bien jurídico inmediato* (bien jurídico por antonomasia) el que sufrirá el ataque lesivo directo. Este bien jurídico es el que se incorpora al tipo de injusto (o tipo de acción de la infracción delictiva de que se trate en el sentido de que su vulneración, sea una efectiva lesión o una mera puesta en peligro). El autor debe tener un dolo que alcance el ilícito en toda su extensión y la acción del sujeto como un elemento implícito indispensable de la parte objetiva de cualquier tipo habrá que ofender concretamente el bien jurídico.

c) La idea de *bien jurídico inmediato* desempeña una función “interpretativa” pues tiene la función de auxiliar a descubrir el sentido y la finalidad de un determinado tipo en el marco de la denominada interpretación ideológica, delimitando y dando justo sentido interpretativo a su tenor literal.

d) El *bien jurídico mediato* reside en el ámbito de la *ratio legis*. En este sentido su situación explica y legitima la intervención penal pues se encuentra en el ámbito de la lesividad abstracta que representa los intereses superiores y secundariamente protegidos por el tipo penal, aunque no sean directamente afectados por la conducta del agente.

f) Por otra parte, el *bien jurídico mediato* sirve de criterio o parámetro nominal para la clasificación sistemática de los diferentes grupos de delitos. Esta es una función sistemática que auxilia la organización del sistema penal ante la expansión que el Derecho penal ha presenciado en las últimas décadas por el nacimiento de nuevas categorías de delitos, especialmente aquellos de naturaleza colectiva o supraindividual.

g) De cierto modo los bienes jurídicos mediatos sirven de medida para la definición de la pena, pues transita en el campo abstracto auxiliando a dar contornos y definición a abstracciones elevadas a la categoría de bien jurídico (como la economía, la libre competencia, el medioambiente, etc.).

Aunque se pueda enmarcar y subrayar estas características del *bien jurídico mediato* (y por consiguiente diferenciarlo del bien jurídico inmediato) es cierto que no siempre es posible identificar con facilidad su presencia. Existirán situaciones en que el *bien jurídico mediato* se presenta como una realidad prácticamente diluida o casi inexistente. Por otro lado, en otras situaciones será fácil identificar la presencia de un *bien jurídico inmediato* y la existencia concomitante de un *bien jurídico mediato*.

Otro aspecto importante propuesto por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ y que me parece de fundamental importancia en el momento de definir el bien jurídico del delito de blanqueo de capitales consiste en considerar que existen delitos económicos orientados a la tutela de un bien jurídico general institucionalizado no individualizable.

Para hablar de esta concepción es necesario realizar una breve distinción. En la doctrina penal, principalmente en Alemania, han aflorado dos construcciones - esencialmente coincidentes pero con matizaciones distintas - avaladas por dos ordenes de pensamiento: a) por un lado el Profesor SCHÜNEMANN propone una forma de encarar el bien jurídico bajo la perspectiva de un “bien jurídico intermedio o espiritualizado”<sup>883</sup>. Esta concepción también ha sido considerada por ROXIN en relación a este tema<sup>884</sup>; b) por otro lado autores como JAKOBS se han decantado por utilizar la expresión “bien jurídico con función representativa”<sup>885</sup>.

Con base en estas concepciones, que son muy aproximadas, es posible pensar en la utilización de una técnica de tipificación de intereses y bienes jurídicos inmateriales mediante la base de un *bien intermedio representante* (o bien con función representativa, o también bien jurídico intermedio espiritualizado). Tal bien jurídico funciona como representante y será sobre este bien que recaerá la lesión o puesta en peligro (que en el caso sería el abstracto por excelencia) por el comportamiento del sujeto sin que los efectos directos de esta lesividad (lesión o peligro concreto) se hagan sentir sobre el bien inmaterial mediatamente protegido”<sup>886</sup>

Ante esta fina construcción teórica, exquisita en identificar diferentes ámbitos del bien jurídico dentro de tipos penales complejos, se pueden alcanzar resultados prometedores en términos de claridad y seguridad jurídica acerca de la intervención

---

<sup>883</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B.: El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. Publicado en AAVV (HEFENDEHL edit.) La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Madrid, 2007, págs. 223-225.

<sup>884</sup> Cfr.: ROXIN, C.: Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 1997, págs. 410 (ítem número 126) y 62 y ss. (ítem 24 y ss.).

<sup>885</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ así explica: “La diferenciación entre un bien mediato colectivo institucionalizado y un bien inmediato directamente tutelado puede ser explicada a través de diversas construcciones -sustancialmente coincidentes- elaboradas en la doctrina alemana por autores como Schünemann (a quien se le debe la formulación originaria), Roxin o Jakobs, quienes hablan, respectivamente, de delitos con “bien jurídico intermedio espiritualizado” (los dos primeros) y de delitos con bien jurídico “con función representativa” (el tercero)”. Cfr. Bien jurídico y Derecho penal económico.. op. cit., pág. 319.

<sup>886</sup> Como afirma MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Cfr. Bien jurídico y Derecho penal económico... op. cit., pág. 320.

penal, permitiendo identificar en dinámicas complejas - como es el caso del delito de blanqueo de capitales – cuáles son los ámbitos en que su lesividad se aprecia y cuales con los efectos de su manifestación criminológica.

En definitiva, suscribo la postura muy refinada de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ autor que así expresa su pensamiento con el cual estoy de acuerdo: “así las cosas, la aludida construcción de los delitos con bien jurídico “con función representativa” (o con bien jurídico intermedio “espiritualizado”) podría ser trasladada, a mi juicio, a los *delitos económicos* en sentido estricto, o sea, aquellos que afectan a la intervención del Estado en la economía y que se construyen sobre bienes jurídicos generales. Asimismo, aunque se trate de un delito de naturaleza muy discutida en la doctrina, también el *blanqueo de bienes* es, en mi opinión, un claro ejemplo de delito que se orienta a preservar la libre competencia, aunque el bien jurídico directamente tutelado en sentido técnico deba ser concretado en la idea de la licitud de los bienes que circulan en el mercado (por más que al propio tiempo se tutela también la correcta Administración de justicia)”.

Esta postura está en armonía con las observaciones que he desarrollado a lo largo de este capítulo, principalmente en lo que se refiere al carácter *pluriofensivo* del delito de blanqueo de capitales (pienso que el blanqueo afecta también a la Administración de Justicia y de forma más inmediata aspectos del mundo de la economía como la libre competencia y la licitud de los valores que circulan en el tráfico jurídico-financiero). También creo que es siempre necesario considerar en cada caso la real presencia de *lesividad* de la conducta, cuyo ataque y efectos ofensivos merecen ser bien definidos frente al bien jurídico. La concepción que admite una distinción entre bienes jurídicos inmediatos y mediatos consigue conectar muchos aspectos positivamente (no es en absoluto exenta de críticas por supuesto) y ofrece una solución interpretativa que pienso es razonable y muy útil.

## **U) Conclusiones**

En un principio, el legislador se ha preocupado en proteger la salud pública frente a los daños causados por el narcotráfico. Esta protección ha evolucionado al considerar que existe una vinculación en entre la práctica del blanqueo de capitales con

el tráfico ilícito de estupefacientes. Posteriormente, con el avance de la globalización, la integración de los mercados financieros y particularmente por el crecimiento del crimen organizado, se ha ido ampliando, en los últimos años, hacia posiciones tendentes a vincular el blanqueo con la distorsión del orden socioeconómico.

La economía que se abre paso en la Europa del mercado único, las iniciativas de intervención del legislador comunitario, y la legislación penal de España, representan un claro ejemplo de esta expansión. Especialmente en el caso del delito de blanqueo de capitales se ha aprobado importantes reformas legales intensificando el debate doctrinal sobre la materia.

La doctrina española mayoritaria considera que el blanqueo de capitales debe ser objeto de criminalización, dado que existe un interés social que justifica la intervención penal, pues constituye una conducta que reúne las cualidades exigidas por la moderna ciencia penal para ser objeto de criminalización, pero existen importantes discrepancias acerca del bien jurídico que se tutela en del delito de blanqueo de capitales.

Hablando del estado de la cuestión en España, MUÑOZ CONDE reconoce que “son pues muchas las cuestiones que plantea la interpretación del delito de blanqueo de capitales, sobre todo cuando ni siquiera se sabe muy bien cuál es el bien jurídico protegido en el mismo. Esto ha llevado incluso a algún autor a considerar que se trata de un delito “sin bien jurídico”, de una mera medida de política criminal para facilitar la persecución de los delitos, y a otros más de forma más ecléctica a considerar que son varios los bienes jurídicos que con él se cuestionan, sin decirse claramente si se trata de un delito económico o de un delito contra la Administración de Justicia, diciendo sólo que es un “delito pluriofensivo” (así Abel Souto).” Los procesos de reforma gradual del delito de blanqueo han alterado su ámbito de incidencia y “con la reforma del 2003, el legislador, en su afán de dar a los encargados de la persecución penal un arma eficaz para perseguir cualquier tipo de delito y evitar que exista un mercado paralelo de circulación de capitales que escape a los controles oficiales, ha creado un “monstruo jurídico” sin límites ni contornos claros y precisos, con el que cabe cometer cualquier arbitrariedad”<sup>887</sup>.

En esta materia ARÁNGUEZ SÁNCHEZ subraya que existe una distinción entre *ratio legis* y el bien jurídico, y considera que la posibilidad en abstracto de alterar

---

<sup>887</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 173.



el normal orden socioeconómico y la libre concurrencia en el mercado es algo que necesita ser interpretado para saber si estamos ante de un valor que merezca en sí mismo protección penal. Esta preocupación supone indagar sobre el adelantamiento injustificado de la barrera punitiva de la norma penal, y lleva en consideración el aspecto dinámico de la sociedad, esto es, las expectativas económicas basadas en las reglas del mercado<sup>888</sup>.

Pero, como afirma FABIÁN CAPARRÓS mencionando las palabras de Giovanni Maria Flick “un buen Derecho penal económico, para ser tal, debe preocuparse sobre todo por hacer economía del propio Derecho penal”.<sup>889</sup>

No obstante, esta economía de normas penales no viene siendo la tendencia internacional, ni tampoco es lo que ha pasado en España en las últimas décadas, especialmente en lo que se refiere a los delitos socioeconómicos y las normas de naturaleza administrativa.

Tal escenario de evidente expansión de la represión penal y administrativa (aunque bajo la bandera de la prevención de delitos) ha ofrecido ingente cantidad de normas, reglas y nuevas directrices que necesitan ser interpretadas y puestas en práctica. De ahí que la existencia de diferentes formas de mirar la cuestión del blanqueo de capitales esté marcada por una gran complejidad conceptual y sistemática, demandando un arduo trabajo por parte de la doctrina y de los operadores jurídicos. Esta situación ha abierto un gran espacio para que surjan planteamientos diferentes en una materia que no posee uniformidad semántica ni tampoco sistemática en la legislación internacional.

En el caso de España la promulgación del Código penal de 1995, que tipifica específicamente la conducta de blanqueo de capitales en su art. 301, ha supuesto un importante avance legislativo con relevantes consecuencias doctrinales. Por un lado, se han superado dudas de ubicación sistemática del tipo penal como acontecía en la legislación penal anterior (reformas de 1988 y 1992).

---

<sup>888</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit. pág. 84.

<sup>889</sup> Cfr. GIOVANNI MARIA, F.: Prospettive e problemi del controllo penale degli intermediari finanziari”. Ed. UPS - RS, año 1990, pág. 794. Así lo dice en italiano en el texto original: “*Un buono diritto penale dell’economia, per essere tale, deve soprattutto tendere a fare economia di diritto penale*”. Esta cita lo hace FABIÁN CAPARRÓS también en su obra: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 230. Nota 200.

Esta evolución legislativa, como describe MUÑOZ CONDE, en lo que se refiere al blanqueo de capitales, ha potenciado las discusiones sobre la naturaleza de su bien jurídico y sus elementos esenciales, de suerte que “por lo que se refiere al blanqueo de capitales, lo primero que hay que decir es que lo que hoy constituye un delito de compleja tipificación (léanse por ejemplo, los artículos 301 y 302 del Código penal y compárese su redacción con la de cualquier tipicidad clásica, como el homicidio, las detenciones ilegales, el hurto o el robo) y aún más difícil interpretación (cfr. solamente la ingente bibliografía y jurisprudencia que ha motivado en estos últimos años), ni siquiera era delito hace 15 o 20 años; o todo lo más podía serlo por la vía del delito de receptación, con el que apenas tiene hoy concomitancias, salvo la tipificación conjunta en el capítulo XIV del Título XIII del Código penal de 1995.”<sup>890</sup>

Por otro lado, desde 1995 se ha fortalecido la visión acerca de la pluriofensividad del delito de blanqueo, donde el orden socioeconómico tiene especial consideración. El estado de la cuestión a nivel legislativo ha seguido una línea de ampliación del espectro de la norma penal, y ha adoptado el máximo adelantamiento de la barrera de protección para alcanzar situaciones que involucran la infracción de deberes y formas culposas<sup>891</sup>.

Sin embargo, pienso, que en la base de todo están principios como el de mínima intervención, *ultima ratio*, ofensividad, subsidiariedad del Derecho penal,

---

<sup>890</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 159.

<sup>891</sup> Tengo la convicción de que el blanqueo de dinero es un delito que debería ser utilizado como una herramienta de última instancia. De tal suerte, los actos de escasa lesividad o incapaces de ofrecer riesgo significativo a los bienes jurídicos que pueda proteger esta clase de delito (en especial el orden socioeconómico y la Administración de Justicia) deberían quedar fuera del ámbito del Derecho penal. Situaciones de escasa entidad y no profesionales que puedan interesar al Derecho criminal podrían ser solucionados con la incidencia de los delitos de encubrimiento quedando al margen del artículo 301 del CPE. Por otro lado, solo en situaciones extremas y muy específicas justificarían hablarse del “autoblanqueo”, figura que me parece de cierto modo cuestionable frente al esquema punitivo que ya existe en el Código penal que dispone de un arsenal de delitos suficientes para dar respuesta a tal circunstancia, aunque reconozco que esta no una tendencia en la actual política-criminal reinante tanto internacionalmente como en territorio español.

fragmentariedad y efectiva lesividad, valores que parecen ser constantemente olvidados por el legislador penal<sup>892</sup>.

Por consiguiente, el Derecho penal no puede ser de ninguna manera la vía preferente de respuesta jurídica a los problemas del ámbito socioeconómico. Sobre este aspecto, estoy de pleno acuerdo con la postura de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ cuando define que “podremos llegar a extraer la conclusión de que resulta deseable llevar a cabo una regulación jurídica coactiva de un determinado sector de la actividad económica, pero ello no implica todavía que esté justificado recurrir a la imposición de *sanciones penales*. En otras palabras, es necesaria una justificación *específica* de la criminalización de conductas, a la vista del carácter de *ultima ratio* que posee el Derecho penal, teniendo siempre presente que la carga de la argumentación debe recaer sobre quien propugna la incriminación, en virtud del principio *in dubio pro libertate*. Tal justificación específica se descompone, a su vez, en dos vertientes: en primer lugar, una justificación de la relevancia jurídico-penal del objeto de protección de que se trate (merecimiento de protección penal); en segundo lugar, sentado lo anterior, una justificación de que no existe otro medio menos restrictivo de derechos fundamentales (para el infractor) que permita proteger suficientemente el bien jurídico en cuestión, de conformidad con el *principio de subsidiariedad*”.<sup>893</sup>

No deja de ser loable que el legislador se preocupe en proteger intereses generales, especialmente en el campo de la economía, pues una economía alejada de manipulaciones y de los efectos de delitos como el blanqueo de capitales es una economía más saludable y capaz de proporcionar al ser humano mejores condiciones para que viva en paz y pueda desarrollar toda su personalidad, interés superior que debe ser alcanzado por las sociedades como afirma ROXIN: “en un Estado democrático

---

<sup>892</sup> Como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ “Con carácter general, cabe afirmar que el proceso de justificación de la intervención penal debe apoyarse fundamentalmente en las ideas de legalidad, intervención mínima y proporcionalidad, y que (dado que, además de esta dimensión procedimental, el bien jurídico cobra relevancia dogmática en la teoría jurídica del delito para fundamentar la antijuridicidad material) habrá de apoyarse también en la idea de valor, siempre que ésta no sea concebida en el sentido suministrado por las tradicionales concepciones del bien jurídico (que remitían a la idea de los derechos subjetivos o a la noción de un objeto material), sino como la pretensión de obtener la tutela penal frente a conductas que comporten una lesión o un peligro para la sociedad. En definitiva, un valor que no sea socialmente irrelevante y que no esté proscripto constitucionalmente”. (MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? En Política criminal y blanqueo de capitales. Eds. Miguel BAJO FERNÁNDEZ y Silvina BACIGALUPO. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2009. pág. 301).

<sup>893</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 307.

de Derecho, que es el modelo de Estado que tomo por base, las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos. Así pues, y en la medida en que esto no pueda conseguirse de forma más grata, el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para tal coexistencia (como la protección de la vida y la integridad física, de la libertad de actuación, de la propiedad, etc.), sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin»<sup>894</sup>.

Por consiguiente, tiene mucha coherencia la intención de proteger el orden socioeconómico, pues la aparición de capitales generados sin los normales costes personales, financieros, industriales, y sin carga tributaria, dan lugar a una desestabilización de importantes estructuras y pilares de la economía, y la confianza (tan importante en el mundo de las finanzas) se ve afectada de la misma forma que se aprecia un desequilibrio de la competencia y el mercado.

Hay que considerar la presencia de factores de riesgo derivados del propio diseño elegido por Europa para organizar su economía, donde los efectos del blanqueo sobre el mundo financiero pueden ser maximizados cuando se piensa en un mundo donde los mercados están fuertemente integrados, muy sensibles a cualquier tipo de variación o inestabilidad provocada por escándalos financieros que suelen aflorar siempre que se habla de grandes casos de blanqueo de capitales.

En cuanto a este aspecto, existe un consenso general de que los efectos del blanqueo pueden ser muy graves. Como destaca ZARAGOZA AGUADO para quien el delito de blanqueo se convierte en *un delito pluriofensivo que afecta el orden socioeconómico*, de modo inmediato, y el propio sistema democrático, de modo indirecto, lo que está de acuerdo con la política-criminal que desde el principio busca

---

<sup>894</sup> Cfr. ROXIN, en “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? ...”, op.cit. pág. 448.

enfrentar el problema del blanqueo de capitales<sup>895</sup>. Estamos hablando de los efectos de la contaminación, expresión típica del vocabulario de las ciencias económicas, y muy común en el campo del mercado bursátil y bancario. Es verdad que este tipo de planteamiento que pone el orden socioeconómico como protagonista entre los bienes jurídicos afectados por el blanqueo de capitales no está exento de críticas o matizaciones<sup>896</sup>.

Cuando pensamos que el entramado normativo que hoy reglamenta el mercado financiero tiene como característica una enorme complejidad y una expresiva pluralidad de disposiciones legales también se abre el espacio para conductas cada vez más complejas, de difícil seguimiento, imbricadas y mezcladas con la intervención de personas jurídicas y corporaciones financieras. El alto grado de especialización de profesionales dedicados al “asesoramiento jurídico-financiero” abre el espacio para un ámbito de conductas que se encuentran en un umbral de difícil identificación en lo que se refiere a la ética y licitud de las operaciones que se realizan. De tal suerte, no siempre operaciones atípicas serán consideradas ilegales, o dirigidas al delito.

Las transformaciones que han sufrido los llamados paraísos fiscales por cuenta de la relativización del secreto bancario no han extinguido totalmente ciertos tipos de

---

<sup>895</sup> Cfr. ZARAGOZA-AGUADO, J.: Tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Implicaciones en el sistema financiero. En *Prevención del blanqueo de origen criminal*. Madrid. Publicaciones Grupo Santander, 1993, pág. 70. Así también menciona ARÁNGUEZ SÁNCHEZ al recordar que la Convención de Naciones Unidas aprobada en Viena en 1988, donde se afirma que los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados, y que los considerables rendimientos financieros y grandes fortunas permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la Administración Pública, las actividades comerciales y financieras lícitas, y la sociedad en todos sus niveles (El delito de blanqueo..., op.cit. 92).

<sup>896</sup> Sobre este aspecto ha sido comentado por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ en el siguiente sentido: “otro de los aspectos del orden socioeconómico que puede ser lesionado por el blanqueo es la “credibilidad del sistema financiero”. En nuestra opinión, esa pérdida de confianza de los inversores en las instituciones financieras instrumentalizadas para blanquear fondos es debida a la ausencia de transparencia de las operaciones de blanqueo. Por ejemplo, la compra masiva de activos opacos con dinero procedente del crimen puede incidir sobre su rentabilidad, sin que otros intermediarios del sector financiero hayan podido predecir un flujo financiero que tiene un origen ilegal. De este modo, el blanqueo produce la desconfianza de los ahorradores que respetan la Ley. Ahora bien, esa falta de credibilidad del mercado financiero no es sino una consecuencia de la lesión del principio de competencia leal en este mercado, no creemos que se trate de un aspecto distinto al que ya hemos comentado anteriormente m. La restricción de la competencia genera además un empobrecimiento del sistema productivo del país, ya que la actividad económica no es desarrollada únicamente por empresas eficaces y competitivas, sino que también se mantienen activas las empresas constituidas para blanquear fondos, con independencia del acierto o infortunio con el que sean gestionadas, ya que un cierto nivel de pérdidas será admisible como coste del blanqueo, y su finalidad principal no es la obtención de beneficios, sino garantizar un pacífico disfrute de los beneficios ilícitamente obtenidos. Desde nuestra perspectiva, la inyección de fondos ilícitos en la economía legal no puede tener nunca efectos positivos, pues a medio plazo los intereses de los blanqueadores se separarán del interés general.”

beneficios jurídicos y tributarios, de suerte que ciertas operaciones que pueden ser consideradas ilícitas en determinados países no lo son en otros.

También son contradictorias y de difícil definición ciertas situaciones derivadas de la decisión del Estado de promover la regularización tributaria, como ha ocurrido con la edición del RDL 12/2012 complementada por la L.O. 7/2012 de 27 de diciembre, actitud que tiene el claro objetivo de captar recursos para recuperar la economía, pero que conlleva innúmeros problemas técnicos y dogmáticos como bien expone FERRÉ OLIVÉ, principalmente en lo que se refiere a las relaciones entre el delito de blanqueo de capitales y el fraude tributario<sup>897</sup>. Estas circunstancias afectan de diferentes maneras los intereses estatales, tanto en el ámbito de la economía como en el campo de la persecución penal (tema que interesa a la Administración de la Justicia).

No obstante, el camino elegido por los legisladores, sea en el plano internacional o en el interno de los países, apunta hacia la expansión desmesurada del Derecho punitivo y al establecimiento de muy rigurosas normas administrativas. Además, todo transmite la sensación de que el Derecho penal se disputa el protagonismo de vanguardia frente a otras normas, figurando muchas veces como opción preferente entre las manejadas por el legislador a la hora de presentar soluciones a los problemas en el ámbito de la economía. Creo que no debería ser así, y que el mejor camino sería dar una vuelta de tuerca por ámbitos mucho menos agresivos. La mayor agresividad (tan característica de la norma penal) debería estar reservada para estadios más avanzados y situaciones efectivamente más graves. La falta de agresividad viene representada por normas que regulen la economía en sus detalles cotidianos, cerrando puertas y brechas que puedan dar ocasión a la instrumentalización de medios o instituciones, e impidiendo el paso a los criminales. Como bien describe FABIÁN CAPARRÓS “indudablemente, la autorregulación aparenta ser la solución perfecta para este problema, determinando a través de códigos éticos de conducta —y, por consiguiente, sin tener que recurrir a la intervención del Estado— cuáles deben de ser las pautas de actuación que han de

---

<sup>897</sup> Cfr. FERRE OLIVÉ, J.C.: Una nueva trilogía en Derecho Penal Tributario: fraude, regularización y blanqueo de capitales..., op.cit., que explica “existe un gran debate abierto para conocer si el delito fiscal puede considerarse actividad delictiva previa a los efectos del delito de blanqueo de capitales. Considero que esa relación no es posible, porque el delito fiscal no genera ni produce bienes. Los bienes existen antes de la comisión del delito. El blanqueo de capitales requiere la constatación de un elemento subjetivo añadido, consistente en la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes. La mera utilización o disfrute de los bienes caería fuera del tipo penal. Tratándose de delitos tributarios, se rechaza la responsabilidad penal por autoblanqueo, por afectar el principio *non bis in idem*.”

practicar los profesionales al abordar aquellas transacciones sospechosas de estar vinculadas a la obtención de capitales ilegales.”<sup>898</sup>

Pienso que el Derecho penal económico debe ocupar una dimensión razonable en el combate del delito, siendo muy importante mantener cierto sentido crítico acerca de su real función. En este punto estoy de acuerdo con BAJO FERNÁNDEZ cuando afirma que “el legislador no puede perder el norte del objetivo político criminal de defensa de los trabajadores, empresarios, consumidores, ahorradores o competidores como protagonistas del mundo económico. Es de suma importancia que el legislador futuro no caiga en la tentación de partir de la presunción de que todo empresario es un evasor de capitales o un delincuente fiscal en potencia; que todo trabajador es, mientras no se demuestre lo contrario, un defraudador de la Seguridad Social; o que el consumidor oculta al enemigo político que quiere socavar los cimientos del sistema económico. No es la desconfianza hacia el deudor lo que debe servir de guía para la creación del delito de quiebra o alzamiento de bienes, ni la desconfianza al competidor debe fundamentar el delito de usurpación de patentes; ni la desconfianza hacia el empresario debe explicar los delitos monetarios, los delitos laborales o el delito fiscal. Muy por el contrario, el Derecho Penal económico ha de tener como única guía la protección de los intereses de los protagonistas del sistema económico, es decir, del acreedor comerciante, del inventor, del trabajador o de los intereses económicos generales o colectivos”<sup>899</sup>.

En este campo creo que son imprescindibles las conclusiones de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ cuando afirma que “conviene insistir en la idea de deslindar en el tema que nos ocupa claramente las nociones de *bien jurídico inmediato* y *bien jurídico mediato*. Es más, tal vez no sea exagerado decir que es precisamente en la esfera de los *delitos socioeconómicos* en donde se evidencia una mayor necesidad de efectuar dicha diferenciación, habida cuenta de que en la inmensa mayoría de estas figuras delictivas es posible descubrir un bien jurídico inmediato o directamente tutelado (bien jurídico en sentido técnico) y un bien jurídico mediato. Y, en este sentido, no se olvide que la relevancia de este último concepto deriva del hecho de que en el marco de los intitulados delitos socioeconómicos en sentido amplio, algunas figuras delictivas que

---

<sup>898</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 230.

<sup>899</sup> Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho Penal Económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales. En Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, BOE, Estudios Jurídicos, Serie Derecho Público, nº 4. 1995, pág. 79.

preservan técnicamente un bien patrimonial individual tienen cabida en esta categoría precisamente por su proyección mediata sobre el orden económico<sup>900</sup>”.

Además, la intervención penal debe de ser necesaria, proporcionada y adecuada a la realidad. En el caso del delito de blanqueo los motivos y los intereses que justifican la utilización del Derecho penal existen. Desde este punto de vista compartimos la opinión de FABIÁN CAPARRÓS cuando afirma que nos hallamos ante una realidad frente a la cual la aplicación de los criterios político-criminales propios de un Estado social y democrático de Derecho nos demuestra que “se dan los presupuestos necesarios y suficientes para su incriminación. Es necesario que se manifieste un interés digno de protección que sea lo bastante importante como para que se despliegue el *ius puniendi*, y ese interés existe”<sup>901</sup>.

Pero es cierto que la *autorregulación* por medio de códigos de ética o estatutos deontológicos no sirve de exclusiva solución ni agota las medidas que deben ser adoptadas para tratar un problema que es vastísimo<sup>902</sup>.

El próximo paso, representado por el *Derecho administrativo* sancionador sirve para atender a la necesidad de objetivar al máximo las conductas de los agentes económicos para cerrar espacios vacíos y exigir de personas o instituciones un trabajo preventivo bajo la amenaza de sanciones extrapenales. Cuando observamos la evolución del sistema normativo antiblanqueo constatamos que estas fueron las primeras normas que surgieron para combatir esta práctica por medio de disposiciones sobre el control de divisas y cambio, el combate del fraude fiscal, las reglas sobre el secreto bancario y todo tipo de sanciones económicas contra prácticas desleales y abusivas. El Derecho administrativo cumple en este sentido una labor preventiva, de efectos realmente beneficiosos. Pero no se puede olvidar que este proceso regulador y sancionador también tiene sus problemas, inconvenientes y efectos. Como bien dice FABIÁN CAPARRÓS “como toda medicina —y no cabe duda que el Derecho debe serlo para la sociedad—, una legislación preventiva como la que indicamos también esconde sus efectos secundarios. Ciertamente, a medida que aumenten los dispositivos de control

---

<sup>900</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 318.

<sup>901</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 238.

<sup>902</sup> Nuevamente, como afirma FABIÁN CAPARRÓS con mucha lucidez: “Sin embargo, quien aspire a solucionar toda esta fenomenología tan solo mediante la aplicación de códigos éticos demuestra una considerable dosis de ingenuidad, si no de insensatez.” Cfr.: FABIÁN CAPARRÓS, E.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 231.



sobre las transacciones dotadas de un contenido económico, se reducen las posibilidades de ejecutar operaciones de blanqueo. Sin embargo, la hipertrofia de tales mecanismos administrativos —tendente, en última instancia, a lograr el máximo grado de transparencia en el intercambio de bienes y servicios, con todo lo bueno que ello implica en el terreno fiscal e, incluso, para la capacidad de elección de la propia clientela — coarta de forma progresiva el irrenunciable perímetro de libertades económicas dentro del cual nuestra sociedad trata de dar satisfacción a sus necesidades corrientes”.

Basta una breve mirada en el texto de la nueva Directiva 2015/849 20 de mayo de 2015 para percibir que los efectos de esta disposición sobre la libertad del mercado, las relaciones interprofesionales, entre clientes y sus instituciones, y los innumerables deberes por parte de agentes obligados representan un asfixiante sistema de vigilancia. Esta burocracia puede comprometer seriamente los intereses individuales (base de todo sistema de derechos) y afectar el ejercicio profesional de muchos que participan de la ejecución de operaciones financieras. El acúmulo indiscriminado y masivo de informaciones y registros, los formularios, los informes, los bancos de datos y las diligencias debidas pueden conducir a un aumento incontrolado de material susceptible de ser inspeccionado, dificultando al final el trabajo de control y de investigación de infracciones, convirtiendo el sistema en una máquina que emite respuestas formales para problemas reales. También aquí el abuso normativo y la voracidad normativa tienen sus consecuencias negativas.

No obstante, sería pura ingenuidad creer que con solo orientar deontológicamente y limitar administrativamente surgirían mecanismos suficientes para evitar el menoscabo a intereses y bienes jurídicos tan amplios y relevantes como la Administración de Justicia o el orden socioeconómico. Las innúmeras posibilidades de acción en manos de los delincuentes, disponibles y accesibles por medio del proceso de blanqueo de capitales, son un dato real a ser considerado, algo empíricamente reconocido por organismos como el GAFI-FAFT, y por toda la comunidad internacional.

Como bien destaca MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ acerca de la *necesidad de intervención penal* frente a ataques al orden socioeconómico “en lo que atañe en concreto a la tutela de los bienes jurídicos colectivos, baste con indicar que, con los

conocimientos empíricos disponibles, no está demostrado que exista, ante determinadas situaciones de especial gravedad, un medio más idóneo que el Derecho penal para la tutela de esta clase de bienes jurídicos, en virtud de lo cual el usual y apriorístico argumento en contra de la protección de los bienes colectivos a través del Derecho penal basado en la infracción del principio de subsidiariedad debería ser, de entrada, relativizado”<sup>903</sup>.

El Derecho penal, entonces, es llamado para cumplir su papel de tutela. Pero debe hacerlo bien y, principalmente, estar a la altura de las circunstancias, “limitando la imposición de sanciones de índole criminal única y exclusivamente —auténtica *ultima ratio*— a aquellos sujetos que, después de superar esa hipotética barrera de protección anticipada, hacen que ese peligro abstracto se concrete o se actualice mediante la ejecución de actos de reciclado de fondos ilegales” como afirma FABIÁN CAPARRÓS<sup>904</sup>. No obstante, no parece ser este el camino que está siendo desarrollado por la legislación contemporánea “sino más bien al contrario, parece que incluso han reforzado esa voluntad de utilizar el Derecho penal *prima facie* como panacea de todos los males sociales, pretendiendo resolver con el Derecho penal, y a veces sólo con el Derecho penal, problemas característicos de las modernas sociedades que no se saben o no se pueden resolver con otros instrumentos jurídicos, o simplemente aplicando medidas de carácter técnico”, como lucidamente pondera MUÑOZ CONDE<sup>905</sup>.

Por un lado existen realidades como las que serenamente FARIA COSTA apunta cuando reconoce que la criminalización del blanqueo de capitales se impone como una de las medidas capaces de sostener o de impedir una propagación desenfrenada de tal práctica, conforme lo demuestra la realidad internacional, pero con la consciencia de que el Derecho penal no es la única solución, reafirmando que “todo eso, no obstante, no debe potenciar la subversión de algunos principios fundamentales del Derecho penal común europeo. Y si no se debe fomentar, mucho menos se debe hacer creer que sólo a través de la subversión se consigue algún éxito en la lucha contra este tipo de criminalidad. El éxito pasa, en nuestra opinión, también por la implicación de otras instancias (sociales, culturales, económicas y estatales), de modo que se consiga sin subvertir la propia «cultura de la corrupción». De cualquier manera, una exacta y

---

<sup>903</sup> Referido por MOLINA FERNÁNDEZ, F.: Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?..., op.cit., pág. 315.

<sup>904</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 233.

<sup>905</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 158.

correcta delimitación de los elementos del tipo y el rechazo de presunciones en la determinación de la culpabilidad son ideas de acuerdo con la metáfora de la piedra que consolida todo lo que a ella se agarra. Ideas que deben llevar consigo así aquel mínimo de valores que hace de nosotros comunidades democráticas que deben construir, con el máximo de libertad, el futuro colectivo”.<sup>906</sup>

Creo firmemente en el término medio, en la búsqueda de la armonía sensata de respuestas eficaces. En la actualidad, más que en ningún momento de la historia (quizás porque estamos hablando del presente, y cuidar del presente es velar por el futuro) es sumamente necesario encontrar el correcto *punto de equilibrio* entre las libertades y el poder de control que está en manos del Estado.

En el caso de que sea necesaria la intervención penal esta debe de estar fundada en una lesividad concreta como fundamento y causa suficiente para acudir sin temor al Derecho penal, pero siempre como última opción entre las normas jurídicas<sup>907</sup>. Con buen criterio FABIÁN CAPARRÓS acentúa que “así contribuiremos a acercar el Derecho a la comunidad y a sus problemas, haciendo recaer la sombra de la antijuricidad penal sobre unos actos que merecen una valoración profundamente negativa por parte de la generalidad del cuerpo social.”<sup>908</sup>

El momento histórico que vive el Derecho penal en el principio de este nuevo siglo es muy importante, incluso en lo que se refiere al delito de blanqueo de capitales. En este contexto, recuerdo de las lúcidas palabras del MUÑOZ CONDE cuando afirma que “peligro que tiene la actual configuración en nuestro Código penal del blanqueo de capitales y de la normativa extrapenal que regula este tema en el ejercicio de determinadas profesiones (banqueros, notarios, abogados, principalmente), es que se utilice como un “cajón de sastre”, e incluso como una calificación alternativa a cualquier otro delito, cuya realización no pueda probarse”<sup>909</sup>.

---

<sup>906</sup> Cfr. DE FARIA COSTA, J.: El blanqueo de capitales. En Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Universidad Autónoma de Madrid. 1992. Publicaciones Boletín Oficial del Estado. 1995. 84-340-0697-9. Página 655.

<sup>907</sup> En lo que se refiere al delito de blanqueo de capitales, dentro del tema del bien jurídico, reitero que comparto la concepción defendida por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ acerca del tema, la cual considera la distinción entre *bienes jurídicos inmediatos y mediatos* (al lado de funciones representativas) como he comentado en el apartado anterior.

<sup>908</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E.: El delito de blanqueo de capitales..., op.cit., pág. 239.

<sup>909</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Consideraciones en torno al bien jurídico..., op.cit., pág. 174.

Por esa razón, tanto la doctrina penal como la sociedad necesitan prestar mucha atención a los procesos de expansión del Derecho penal en el campo de las relaciones supraindividuales, incluso y muy especialmente en el marco de los aspectos socioeconómicos, pues esta actitud crítica y responsable es la garantía de determinados umbrales de derechos fundamentales y del respeto a principios arduamente conquistados a lo largo de los últimos siglos por el hombre frente al poder omnímodo del Estado.

## CAPITULO III – FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

### 1. Aproximación al tema y aspectos conceptuales

La financiación del terrorismo es una actividad ilícita irremediable tratándose de este tipo de criminalidad, pues no se puede concebir una organización terrorista, o la realización de atentados y actos de tal naturaleza, sin que exista un mínimo de infraestructura y aporte económico para la realización de sus objetivos. Aunque muchas veces los valores o cantidades de dinero empleados en la comisión de los hechos ilícitos sean de pequeña expresión como lo demuestran algunas fuentes de investigación, no se puede olvidar que tal fenómeno ocurre muy frecuentemente, razón por la cual es justificable la preocupación internacional acerca de este problema.

Como destacan GONZÁLEZ CUSSAC y VIDALES RODRÍGUEZ<sup>910</sup> la importancia que aquí tiene el tema de la financiación es enorme, y su relación con otras figuras penales, especialmente con el blanqueo de capitales, es muy compleja y abre una serie de dudas y desafíos interpretativos. A ello se suman las dificultades que plantea la estrategia de control de las fuentes de financiación del terrorismo para la investigación y erradicación de este tipo de criminalidad, las diferentes fórmulas de financiación (estatal o privada), sus vínculos con el crimen organizado y el blanqueo de dinero y los especiales problemas que plantean los centros de financiación *offshore*.<sup>911</sup>

Por otro lado, DE LA CUESTA ARZAMENDI señala que “aun cuando pueda suceder que muchos de los integrantes no dependan económicamente de la organización, ninguna organización terrorista puede existir si no cuenta con medios propios o ajenos que aseguren su estructura y permitan adquirir y renovar su arsenal y, en suma, subvenir a los cuantiosos gastos inherentes a su actividad.” A esta constatación añade con razón que la política-criminal no puede obviar tal problemática, y por

---

<sup>910</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., y VIDALES RODRÍGUEZ, C.: El nuevo delito de financiación del terrorismo: consideraciones acerca de su necesidad y conveniencia. En AAVV Financiación del Terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico. Valencia, 2009, págs. 181 y ss.

<sup>911</sup> Sobre este tema ha escrito ampliamente HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M.: La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, Madrid, 2008, págs. 11 y ss.

consiguiente, el Derecho penal tiene que cumplir su papel de tutela de bienes jurídicos fundamentales, ofreciendo una respuesta jurídica a este tipo de criminalidad<sup>912</sup>.

Estas características han llevado a MORAL DE LA ROSA a afirmar, desde su amplia experiencia en el Ministerio Público, que “no cabe duda que el terrorismo depende de su *financiación* y especialmente, el terrorismo internacional, depende del adoctrinamiento, reclutamiento y *financiamiento*, si falta cualquiera de estas fases, se reducen de manera importante sus consecuencias y capacidad”.<sup>913</sup>

Por otra parte, hablar del terrorismo y su *financiación* obliga a buscar una mínima precisión terminológica acerca de tales conceptos, y esto no es una tarea fácil. Resulta que tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, incluso en los medios oficiales, estamos ante conceptos muy polémicos, imprecisos, que ofrecen amplias posibilidades interpretativas, sujetos a influencias de diferentes órdenes (políticas, religiosas, sociológicas, socioeconómicas, etc.) y que se manifiestan en la actualidad en un ambiente donde la globalización ha puesto por tierra las fronteras, tanto físicas como jurídicas, transformando el conflicto con el delito en algo muy diseminado, abstracto, generalizado, y por veces asimétrico en cuanto al equilibrio de fuerzas y de soberanía.

En este sentido MORAL DE LA ROSA expone la dificultad en establecer este concepto al afirmar que “a pesar de constituir el terrorismo uno de los principales problemas de la sociedad actual, cuya perspectiva y consideración cambiaron notablemente a partir de los atentados del 11 de septiembre, dando un giro sustancial la visión y mentalización frente al problema que representaba el fenómeno terrorista, lo

---

<sup>912</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Financiación del terrorismo y responsabilidad penal en el Derecho Español. En Financiación del Terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico, Valencia, 2009, págs. 84 y ss. Así lo expresa en conclusión: “Como en otras formas organizadas de actividad delictiva, múltiples son también, en el caso del terrorismo, las vías utilizadas para la consecución de recursos. Dejando al margen los procedentes de Estados u organizaciones exteriores, destacan tradicionalmente, junto a las “colaboraciones” económicas voluntarias, las obtenidas a través de ataques violentos o no contra la propiedad (robos, atracos, fraudes), amenazas o, incluso, secuestros. A ellas se suman en la actualidad los productos del blanqueo y hasta la intervención en el marco de la legalidad por medio de entidades u organizaciones de toda suerte, creadas por la propia organización o por sus entornos2. Ciertamente la intervención penal contra esta fenomenología delictiva se presenta como una exigencia de primer orden, habida cuenta del ataque intolerable y directo contra bienes jurídicos individuales merecedores de la mayor protección y, simultáneamente, dada su integración en el ámbito terrorista, por su agresión contra el orden público constitucional la seguridad ciudadana y la sociedad democrática en su conjunto.”

<sup>913</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo. En AAVV Financiación del Terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico. Valencia, 2009, pág. 260.

cierto es que no existe un concepto claro y unívoco de que debe entenderse por terrorismo.”<sup>914</sup>

Como bien recuerda HINOJOSA MARTÍNEZ “la definición del término terrorismo es tremendamente controvertida desde un punto de vista doctrinal, ya que los prejuicios ideológicos están llamados a condicionar cualquier intento de descripción, e incluso cualquier juicio sobre ese fenómeno. En tales circunstancias, varios autores se han dedicado a contar y recopilar más de una centena de definiciones de terrorismo. Estas dificultades se ven acrecentadas por la necesidad de distinguir el fenómeno terrorista de otras formas de criminalidad con las que a veces puede llegar a confundirse, no sólo conceptualmente, sino incluso en la práctica. Así en primer lugar, el terrorismo se diferencia del crimen organizado en que, para este último, el objetivo prioritario es el enriquecimiento de quienes cometen los delitos, y no la realización de un ideal político (como se supone que es el caso del terrorismo). Sin embargo, las actividades del GRAPO en España durante los últimos años, de los grupos paramilitares en Irlanda del Norte, o la campaña de extorsión a los empresarios vascos por parte de ETA en los meses previos a su declaración de alto el fuego permanente en marzo de 2006, demuestran que la línea que separa ambos conceptos puede llegar a difuminarse.

---

<sup>914</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op. cit., pág. 258. Este mismo autor subraya a continuación que “no cabe duda, que tras los atentados del 11-M en Madrid, se ha reafirmado la idea de que el terrorismo es un fenómeno político, social, moral y religioso y es algo más que una manifestación de la resistencia frente a opresión de los estados o de los poderes públicos. Se trata de un problema multifuncional y multidisciplinar en el que confluyen numerosos condicionantes y que superó aquella idea de que el terrorismo respondía a un movimiento revolucionario de izquierdas o extremista de derechas y que podía estar motivado por una única razón, como podía ser el aislamiento que sufren determinados sectores de la sociedad o determinadas zonas geográficas, en las que la incultura y la pobreza desempeñan el papel de protagonista. No podemos olvidar, que mientras los integrantes, por ejemplo del IRA procedían de clases medias-bajas, los de ETA eran por lo general jóvenes de clases medias, y al igual que los integrantes de los grupos terroristas de inspiración islamista, como el grupo Al Jihad de Egipto, Ansar el Islam de Kurdistán, el Hezbolá del Líbano, Hamás en Palestina, o el GIA de Argelia, están integrados por ciudadanos de la clase pobre y con absoluta escasez de recursos, en donde es más fácil que la semilla del fundamentalismo religioso agarre con fuerza, al ser la manera de manifestación, algo similar ocurría con grupos como Sendero Luminoso en Perú o las FARC en Colombia, que surgen como reacción frente al establecido sistema clasista y discriminatorio de los que nacen grupos fuertemente discriminados económicamente en el primero de ellos o como protectores de los campesinos explotados en Colombia, frente a ellos se crean grupos como las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) cuyos componentes proceden de fuerzas de terratenientes y narcotraficantes o los Tigres de la Liberación de Ealan Tamil en Sri Lanka, donde su principal fuente de financiación está representada por el apoyo extranjero y el aprovisionamiento de armas.”

No es de extrañar que, ante este panorama, algunos autores hayan cuestionado la necesidad de definir la noción de terrorismo”.<sup>915</sup>

Por otro lado, la “*financiación del terrorismo*” ha pasado en los últimos años a ser una preocupación central por parte de diferentes sectores, estatales o no, que se dedican a estudiar, acompañar, enfrentar o combatir el terrorismo y sus consecuencias. De tal manera, este fenómeno ha ganado *identidad* propia, generando enorme cantidad de material científico al respecto y siendo objeto de intensa actividad normativa y legislativa, además de ocupar una destacada posición y protagonismo en las políticas públicas y políticas criminales de prácticamente todos los países.

De la misma manera que ha ocurrido con la expresión “blanqueo de capitales”, esta nueva realidad también tiene matices de neologismo y novedad, y ha causado cierta confusión acerca de su denominación<sup>916</sup>. Por tal motivo creo que es necesario decantarse por una de sus más usuales formas de referirse a ella: la “*financiación del terrorismo*”. Lo hago en detrimento de la expresión “*financiamiento del terrorismo*” pues creo que la primera locución se conforma mejor con el sentido dado por los

---

<sup>915</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., p.55. Con respecto a este tema el autor también afirma a continuación que “una negociación sorprendentemente rápida permitió llegar a un acuerdo a finales de 1999, que se tradujo en la aprobación del texto del Convenio en 19 de diciembre de 1999 mediante la Resolución 54/109 de la Asamblea General. Así, en virtud del art. 2.1.a) del Convenio, quedan comprendidos en su ámbito de aplicación los actos de terrorismo, tal y como son definidos en los tratados internacionales sectoriales sobre terrorismo que haya ratificado el Estado parte (que son enumerados en un anexo). Adicionalmente, y esto es lo más significativo, también si califica como atentado terrorista a los efectos del Convenio “cualquier otro acto destinado a causar [...] lesiones corporales graves [...] a cualquier persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicto acto [...] sea intimidar una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto de o a abstenerse de hacerlo”. [art. 2.1.b) del Convenio, cursiva añadida]. Como puede apreciarse, se trata de una definición muy amplia de terrorismo, de la que únicamente se excluye la reivindicación tradicional de los EEUU relativa a los conflictos armados. La definición de “financiación del terrorismo” recogida en el Convenio también es enormemente amplia. No sólo incluye la recolección de fondos con la intención de sufragar actividades terroristas, sino que considera igualmente delictiva cualquier tipo de complicidad intencionada en esa actividad, sin que sea necesario que los fondos “se hayan usado efectivamente” para incurrir en la acción punible<sup>915</sup> (art.2.3 y 5 del Convenio). Estos actos se calificarán como infracción penal y se sancionarán con penas que tengan en cuenta “su carácter grave” (art.4 del Convenio)”.

<sup>916</sup> Este debate está muy bien explicado por BLANCO CORDERO en su obra “El delito de blanqueo de capitales...”, op.cit., pág. 82-83, cuando este autor menciona otras expresiones como “blanqueo de dinero” o “blanqueo de bienes”, decantándose por “blanqueo de capitales”. Sobre el tema también ABEL SOUTO, en El delito de blanqueo en el Código penal..., op. cit., pág. 89 y ss..



documentos internacionales sobre la materia y esta es la forma como se expresa el propio legislador español<sup>917</sup>.

De todas formas, la necesidad de alcanzar un concepto uniforme es algo ineludible, pues estamos delante de un fenómeno que - además de ser de trascendental importancia – constituye parte de un tipo penal (la “financiación” es una conducta descrita como un elemento del tipo) adoptado por una gran parte de los países.

Como afirma MORAL DE LA ROSA “una de las primeras cosas que debemos hacer es establecer un concepto de financiación de terrorismo, el *Convenio para la Represión de la Financiación del Terrorismo*, diferencia entre el financiamiento del terrorismo y el respaldo financiero a los terroristas y organizaciones terroristas, lo que requerirá tanto tipificar el delito de financiamiento del terrorismo como considerar delictiva la prestación de asistencia financiera a los terroristas, cuya finalidad debe ser evitar el flujo de fondos y servicios financieros hacia terroristas y sus organizaciones. Se trata no solo erradicar el terrorismo, sino localizar e intervenir en aquel grupo o entramado que le sirve de sustento”<sup>918</sup>.

A su vez, en lo que se refiere al concepto de terrorismo, DE LA CUESTA ARZAMENDI también menciona que el Convenio de 1999 parte de la delimitación del delito de financiación del terrorismo, al que configura como fenómeno criminal independiente de la comisión de los propios actos de terrorismo y, por tanto, merecedor de una tipificación específica que permita superar las insuficiencias derivadas de la accesoriedad característica de las formas de participación, debiendo ser igualmente punible en grado de tentativa (art. 2 § 4). Este autor destaca que en este instrumento el *concepto de financiación* (art. 2) se identifica con la provisión o recolección de fondos,

---

<sup>917</sup> Así, y por ejemplo, la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad habla de la "Tipificación como delito de la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales asociado a ella". Igualmente, el Convenio Internacional para la represión de la *financiación del terrorismo*, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999 y abierta a la firma el 10 de enero de 2000. También se expresa en este sentido la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/JAI). Por fin, esta es la expresión utilizada por la nueva Directiva nº 2015/849, de mayo de 2015, emitida por el Consejo y el Parlamento Europeo, que es un ejemplo de este tipo de normas destinadas a prevenir el blanqueo de capitales y la *financiación del terrorismo*.

<sup>918</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: *Financiación del terrorismo...*, op. cit., pág. 258. Este autor subraya que “El Convenio incluye en la definición de financiamiento del terrorismo el hecho del que el perpetrador haya procurado que el resultado del acto de terrorismo que se financia consista en provocar la muerte o lesiones personales. Si bien, debería ampliarse, a mi juicio, a todos aquellos actos en los que se persiga cualquier fin, y no solo estos, contrario a la consecución por medios legítimos de los postulados que a través de la violencia persigue el grupo terrorista”.

“por el medio que fuere, directa o indirectamente”, con el objetivo de comisión de un acto terrorista (art. 2 § 3)<sup>919</sup>.

Por consiguiente, en términos *conceptuales* creo que el sentido de la financiación del terrorismo puede ser alcanzado por medio de la comprensión de determinados elementos o características que son reiteradamente reproducidas por los principales documentos internacionales sobre la materia. En este sentido, parto del principio de que los elementos conceptuales de este delito están previamente identificados y definidos en el “Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo”, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999, abierto a la firma el 10 de enero de 2000, y con entrada en vigor en 10 de abril de 2002<sup>920</sup>. Además, documentos como la Resolución 1373 contienen la descripción de elementos que orientan el legislador al describir lo que se pretende prohibir<sup>921</sup>. Igualmente, la Decisión Marco 2002/745/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, constituye una de las bases interpretativas de la política antiterrorista de la Unión Europea.

Este *conjunto de instrumentos* ha servido de inspiración - junto a las Recomendaciones del GAFI (especialmente las relativas al terrorismo) - al legislador español en el momento de la formulación del nuevo artículo 576 del Código penal,

---

<sup>919</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Financiación del terrorismo..., op. cit., pág. 108, aquí ampliamente referido por el completo diagnóstico que hace de la normativa internacional.

<sup>920</sup> Este Convenio ha sido ratificado por España, en los siguientes términos: “Ratificación del Instrumento - Publicado en: «BOE» núm. 123, de 23 de mayo de 2002, páginas 18361 a 18369 (9 págs.). Sección: I. Disposiciones generales Departamento: Jefatura del Estado. Referencia: BOE-A-2002-9850.”

<sup>921</sup> En el párrafo 1 de la resolución, el Consejo de Seguridad decide que todos los Estados: a) Prevengan y repriman la financiación de todo acto de terrorismo; b) Tipifiquen como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en su territorio con la intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo; c) Congelen sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas y entidades o bajo sus órdenes, incluidos los fondos obtenidos o derivados de los bienes de propiedad o bajo el control directo o indirecto de esas personas y de otras personas y entidades asociadas con ellos; d) Prohíban a sus nacionales o a toda persona y entidad que se encuentre en su territorio que pongan cualesquiera fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos de otra índole, directa o indirectamente, a disposición de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo o faciliten su comisión o participen en ella, de las entidades de propiedad o bajo el control directo o indirecto de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas o bajo sus órdenes.

norma que entiendo fundamental por describir las conductas que conducen a la “financiación del terrorismo” así entendidas por el Estado español<sup>922</sup>.

Estamos delante de una *interpretación* que pasa por *criterios normativos*, descripciones legales y supranacionales de conductas que se han decantado en un tipo penal (art. 576 CPE) que dice: “1. Será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años y multa del triple al quíntuplo de su valor el que, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo. 2. Si los bienes o valores se pusieran efectivamente a disposición del responsable del delito de terrorismo, se podrá imponer la pena superior en grado. Si llegaran a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará como coautoría o complicidad, según los casos. 3. En el caso de que la conducta a que se refiere el apartado 1 se hubiera llevado a cabo atentando contra el patrimonio, cometiendo extorsión, falsedad documental o mediante la comisión de cualquier otro delito, éstos se castigarán con la pena superior en grado a que les corresponda, sin perjuicio de imponer además la que proceda conforme a los apartados anteriores. 4. El que estando específicamente sujeto por la ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado 1

---

<sup>922</sup> La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152 de 23 de Junio de 2010, con vigencia desde 23 de Diciembre de 2010), de conformidad con la pauta marcada por la Decisión Marco contra el terrorismo, añade al artículo 576 un número 3 que amplía el concepto de colaboración con organización o grupo terrorista, asimilándoles conductas que hasta el presente han planteado algunas dificultades de encaje legal: así se ofrece la oportuna respuesta punitiva a la actuación de los grupos o células -e incluso de las conductas individuales- que tienen por objeto la captación, el adoctrinamiento, el adiestramiento o la formación de terroristas. En la misma línea apuntada por la normativa armonizadora europea, se recogen en el primer apartado del artículo 579 las conductas de distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes o consignas que, sin llegar necesariamente a constituir resoluciones manifestadas de delito (esto es, provocación, conspiración o proposición para la realización de una concreta acción criminal) se han acreditado como medios innegablemente aptos para ir generando el caldo de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva de delinquir, si bien, tal y como exigen la Decisión Marco y el Convenio del Consejo de Europa sobre terrorismo, tales conductas deberán generar o incrementar un cierto riesgo de comisión de un delito de terrorismo. Específicamente con relación al tema de la *financiación del terrorismo*, el artículo 576 bis (que había quedado vacío de contenido tras su derogación por la Ley Orgánica 2/2005 de 22 de junio) pasa ahora a recoger la tipificación expresa del delito de financiación del terrorismo, que además se completa, siguiendo la línea normativa trazada en materia de blanqueo de capitales, con la inclusión de la conducta imprudente de los sujetos especialmente obligados a colaborar con la Administración en la prevención de dicha financiación.

será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en él. 5. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos tipificados en este artículo se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de dos a cinco años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de uno a tres años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en la letra anterior. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”

Este tipo penal representa en gran medida el pensamiento vigente a nivel internacional sobre la materia. El término financiación me parece que se ajusta mejor a esta redacción dada al delito por el legislador. Este es el *concepto* por el cual me decanto, aunque admito que la interpretación que hago no es de fondo dogmático sino legal. No obstante, en base a los principios de legalidad y taxatividad, creo que cualquier intento de conceptualizar la *financiación del terrorismo* en España debe seguir estrictamente los elementos mencionados en la ley y tratados internacionales (que componen el ordenamiento jurídico español conforme dispone el art. 96.1 de la Constitución).

Justifico esta postura pues, como hemos subrayado a lo largo de esta tesis, el *concepto de terrorismo* es muy cambiante, permeable y difícil de ser alcanzado, ya que depende muchos factores y referencias (políticas, sociológicas, religiosas, socioeconómicas, de soberanía, autodeterminación, culturales, etc.) que son subestructuras conceptuales manejadas por el intérprete en el momento de alcanzar su particular definición<sup>923</sup>.

Considero que la caracterización de la *financiación del terrorismo* depende antes que nada de saber sobre qué concepto de “terrorismo” se está hablando, y en este sentido creo que el mejor camino es fiarse de lo dice la ley penal. Así por lo menos

---

<sup>923</sup> Sobre el tema MORAL DE LA ROSA afirma “Debemos señalar una dificultad más derivada de la falta de un concepto o definición de que debe entenderse por terrorismo, ya no por la financiación del mismo sino, atendiendo a sus diversas manifestaciones, que debe entenderse por acto terrorista o fenómeno terrorista. Lo primero que debemos señalar es la necesidad que se deduce de los instrumentos internacionales de abordar la conveniencia de dar una definición de terrorismo, debiendo poner de manifiesto que no se trata de una cuestión sencilla que se dificulta aún más cuando se trata de dar respuesta al concepto de actividad terrorista.” Así en Financiación del terrorismo..., op. cit., pág.263.

garantizamos la formulación de un concepto *unívoco y objetivamente coherente* con el sistema jurídico-penal vigente.

Destaco que en esta aproximación se pone de manifiesto la actualidad e *importancia del tema* elegido en esta tesis, y remarco las *confluencias* entre la *financiación del terrorismo, la criminalidad organizada y el blanqueo de capitales* (interrelación que afecta la manera como definimos tales fenómenos). Por esta razón recuerdo las pertinentes palabras de MERINO HERRERA cuando menciona que “una de las principales preocupaciones de la Comunidad internacional es la relativa a la fusión que podría darse entre el lavado de dinero, el terrorismo y la delincuencia organizada”<sup>924-925</sup>. Si ya de por sí se trata de tres sectores delictivos que por separado han tenido particular protagonismo, su potencial destructivo puede sufrir un considerable incremento cuando las redes u organizaciones criminales encuentran en la convergencia de ellos el complemento idóneo para fortalecer la estructura y los alcances de su marco operativo. Si es verdad que la legislación destinada a la persecución penal constituye una parte, no poco importante, del reflejo de una realidad criminológica, entonces, en este contexto, puede sostenerse que la prevención, investigación e incriminación del lavado de dinero, del terrorismo y de la delincuencia organizada se han convertido en prioridades –si cabe, de urgente atención– de la Sociedad internacional<sup>926</sup>.

La financiación del terrorismo, por lo tanto, está imbricado y guarda profunda relación con otras formas de macrocriminalidad. Como señala HINOJOSA MARTÍNEZ, “el fenómeno de la globalización ha favorecido la creación de redes criminales internacionales, que se benefician de la mayor permeabilidad de las

---

<sup>924</sup> Se manifiestan sobre esta preocupación las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas S/RES/1373 (2001), de 28 de septiembre de 2001; S/RES/1904 (2009), de 17 de diciembre de 2009; S/RES/1963 (2010), de 20 de diciembre de 2010; S/RES/2083 (2012), de 17 de diciembre de 2012; S/RES/2129 (2013), de 17 de diciembre de 2013; S/RES/2195 (2014), de 19 de diciembre de 2014; S/RES/2199 (2015), de 12 de febrero de 2015. En este sentido, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *vid.*, por ejemplo, el párrafo 5 de la Sección II del Anexo de la resolución A/RES/60/288, de 20 de septiembre de 2006, sobre la estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo, así como las resoluciones A/RES/51/64, de 28 de enero de 1997 y A/RES/52/92, de 26 de enero de 1998, ambas sobre la lucha internacional contra el uso indebido y la producción y el tráfico ilícito de drogas.

<sup>925</sup> Destaca también esta preocupación Ferré Olivé, J. C., “Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”, AA.VV., en *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, Valencia, 2009, pág. 163, cuando, a propósito de la psicosis generalizada que han provocado los atentados de Nueva York, Madrid y Londres, señala que se ha abierto una nueva línea de reflexión político-criminal que pretende demostrar –y al mismo tiempo plasmar a través de normas jurídicas– la existencia de una ceñida relación entre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

<sup>926</sup> Cfr. MERINO HERRERA, J.: Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo. En *Revista Penal*, nº 36, Julio de 2015, pág. 145 y ss.

fronteras, tanto para escapar de la persecución a la que les someten los poderes públicos, como para reciclar el producto de sus ganancias ilegales. La definición de crimen transnacional ha generado polémica en el pasado, al igual que la propia definición de terrorismo. En la medida en que se van superando esos debates, se consigue avanzar en el establecimiento de reglas universales que impulsen la cooperación estatal en este terreno. En realidad, el terrorismo no es más que una forma de crimen organizado, con la particularidad de la “*motivación política*” que ilumina a sus partidarios. Las dificultades para tener éxito en la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo explican a progresiva importancia otorgada a la penalización del blanqueo de dinero, que se ha revelado como uno de los instrumentos más importantes en la batalla contra las escurridizas tramas de delincuencia internacional. Aunque no se consiga probar la comisión de los delitos o los atentados, los criminales son capturados al intentar reciclar los beneficios obtenidos ilegalmente”<sup>927</sup>.

## **2. Normativa internacional**

Acerca del desarrollo de la normativa internacional MARTÍN VELASCO recuerda que “el mundo del Derecho, como no podía ser de otra manera, no permaneció ajeno a esta realidad, y a partir de los ataques terroristas del 11-S, asistimos a una auténtica avalancha de disposiciones legales de carácter internacional, que comenzando en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, se ha ido extendiendo posteriormente a otros Organismos Internacionales de carácter sectorial o territorial como la Unión Europea o la Organización de los Estados Americanos. Desde la *Resolución 1373* (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, un mes después del atentado contra las Torres Gemelas y el Pentágono, ordenando la congelación de bienes de los terroristas allá donde se encontrasen, pasando por el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999 y por las 9 Recomendaciones Especiales del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), principal autoridad internacional en materia de blanqueo de capitales, mucho camino se ha recorrido y más queda todavía por recorrer. Pero ya antes de los sucesos del 11-S, desde la década de los 70, la ONU había comenzado a preocuparse por el fenómeno terrorista en general para tratar primeramente los secuestros de aeronaves, creando en 1972 el primer Comité Especial sobre Terrorismo Internacional. Los primeros

---

<sup>927</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., pág. 83.

convenios, aprobados a partir de entonces, se caracterizaron por ser normas parciales, que abordaban exclusivamente determinados actos delictivos a los efectos de facilitar la extradición de sus autores, sin llegar a ofrecer una definición global del fenómeno terrorista. Se trataba de instrumentos sectoriales que pretendían conseguir que las legislaciones de los diferentes Estados tipificasen distintas conductas como delitos de terrorismo, intentando al mismo tiempo que los autores de dichos delitos no encontrasen refugio en los Estados Parte utilizando dichos instrumentos. La prevención de la financiación del terrorismo va a aparecer en un momento posterior, desgajándose de ese cuerpo común que constituye el derecho internacional antiterrorista. No sería hasta el año 98, de la mano de un nuevo Comité “ad hoc” creado en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando se aprobó la primera norma realmente significativa en la lucha contra la financiación del terrorismo: se trataba del ya mencionado Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, de especial significado si tenemos en cuenta que fue elaborado dos años antes del atentado contra las Torres Gemelas.

En el Convenio se establecen tres obligaciones básicas:

- Tipificar el delito de financiación del terrorismo en su legislación penal.
- Cooperar con los demás Estados Parte y prestarles asistencia jurídica en relación con la financiación del terrorismo, siguiendo el principio “aut dedere aut iudicare”, o se enjuicia o se extradita, y
- Establecer ciertos requisitos sobre la función de las entidades financieras y de crédito al objeto de proceder a la identificación, detección, incautación y decomiso de los fondos utilizados para la financiación de actos terroristas.”<sup>928</sup>

En el caso de España BLANCO CORDERO destaca que según el artículo 96.1 de la Constitución española los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno<sup>929</sup>:

Dice la Constitución española:

---

<sup>928</sup> Cfr. MARTÍN VELASCO, L.: Instrumentos jurídicos contra la financiación del terrorismo desde el 11-S (título en Inglés: *Law enforcement against financing of terrorism since 9/11*). En Revista: Inteligencia y Seguridad (Revista de Análisis y Prospectiva), 2007, págs. 59-76.

<sup>929</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I.: El delito de blanqueo..., op.cit. , pág. 176.

*“los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”.*

Este mandato constitucional tiene consecuencias muy importantes sobre el ordenamiento jurídico, especialmente en lo que se refiere al Derecho penal<sup>930</sup>. España ha ratificado en los últimos años los principales acuerdos internacionales sobre el terrorismo y el país es considerado internacionalmente como una nación que demuestra una seria y prudente preocupación con los problemas que este tipo de criminalidad ocasiona.

De tal suerte, al subscribir e incorporar a su ordenamiento jurídico esos documentos España pasa por un lado a contar con instrumentos legales capaces de ofrecer una respuesta a tal problema, pero al mismo tiempo, y por otro lado, el país está obligado a cumplir con objetivos y metas político-criminales y a poner en práctica una serie de medidas que correspondan a un efectivo enfrentamiento de los problemas causados por el terrorismo y su financiación.

Como menciona DE LA CUESTA ARZAMENDI “los esfuerzos de las instituciones globales y de los Estados en la lucha contra el terrorismo (principalmente, el terrorismo transnacional y el internacional) se han ido plasmando progresivamente en la aprobación de un conjunto de instrumentos que describen un marco común mínimo que los Estados deben respetar y desarrollar en sus ordenamientos internos, con el fin de asegurar una acción común contra este fenómeno, declarado por la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad como “amenaza a la paz y seguridad internacionales” que merece ser combatido “por todos los medios, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.”<sup>931</sup> En este sentido, los instrumentos internacionales también han servido de base para la formación de una política-criminal sobre el problema del terrorismo y su financiación.

No obstante, el legislador interno de la gran mayoría de los países ha optado por utilizar la vía penal como una de las estrategias preferentes al transponer la normativa internacional antiterrorista. Creo que esta realidad se muestra evidente

---

<sup>930</sup> Al respecto ver también el art. 1.5 Código Civil. Con relación a los efectos de esta norma constitucional en el marco del Derecho Internacional MANGAS MARTÍN, A. “Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución española de 1978”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, págs. 143 y ss.

<sup>931</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Financiación del terrorismo ..., op.cit. pág. 105.



cuando se nota la cantidad de preceptos y normas que interesan al ámbito penal y procesal penal resultantes de sucesivas reformas legislativas que han erosionado de forma importante muchos derechos y garantías individuales. No se niega que importantes avances en el campo preventivo han sido plasmados en los sistemas jurídicos de los países miembros de la comunidad internacional, pero también es verdad que el Derecho penal, bajo la coartada ya tan cansina como falaz de la armonización y transposición de la normativa internacional, no ha resistido la tentación de expandir su tutela.

Esta no debería ser una opción preferente o prioritaria. Como bien señala DE LA CUESTA ARZAMENDI “sabido es, con todo, que una política criminal eficaz frente al terrorismo (y su financiación) en modo alguno ha de reposar exclusivamente en el Derecho penal. Por ello, a partir de los instrumentos internacionales y de la normativa europea, los Estados han ido dotándose de regulaciones adicionales; en el caso de la financiación del terrorismo, siguiendo el modelo del blanqueo de capitales, éstas se centran en el establecimiento de mecanismos y procedimientos de carácter preventivo que, facilitando la detección de los supuestos particulares, permitan el bloqueo y la anulación de las operaciones dirigidas a asegurarlo”<sup>932</sup>.

## **2.1. Normativa de Naciones Unidas**

Los más destacados *instrumentos universales* en materia de terrorismo y su financiación de que España es parte son la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad y el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo del año 1999. Además de estos dos instrumentos, que serán estudiados más detenidamente, existen otros documentos relevantes a nivel internacional que también hacen parte del arsenal normativo sobre la materia<sup>933</sup>.

En términos evolutivos HINOJOSA MARTÍNEZ recuerda que “en Naciones Unidas no se recogieron estas iniciativas de la Sociedad de Naciones, y debe esperarse hasta los años sesenta para detectar alguna referencia al terrorismo en convenios sectoriales, y en relación con cuestiones tan concretas como la seguridad en la

---

<sup>932</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 86.

<sup>933</sup> Para una consulta más amplia véase el sitio de Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/terrorism/strategy-counter-terrorism.shtml>

navegación aérea<sup>934</sup> o la protección del personal diplomático”<sup>935</sup>. En la década de los noventa, se produce un cambio de panorama que hará posible un progreso sin precedentes en la cooperación contra el terrorismo en Naciones Unidas: la desactivación del conflicto ideológico entre el Este y el Oeste.

Por otro lado, este autor reconoce que “la perpetración de terribles atentados en muy diferentes lugares del planeta (la mayoría mediante bombas colocadas en lugares públicos)”<sup>936</sup> contribuyó, sin duda, a acelerar ese proceso”<sup>937</sup>.

En el año 1996 la Asamblea General aprueba otra importante Resolución, que contiene una “Declaración complementaria” a la de 1994/1995, en la que reafirma que “los actos [...] terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”<sup>938</sup>. La misma Resolución dedicó por primera vez un párrafo a la lucha contra la financiación del terrorismo<sup>939</sup>, que se enmarcaba en un amplio abanico de medidas propuestas; al mismo tiempo, creó un Comité Especial con la intención de que elaborase un convenio internacional para reprimir los atentados terroristas cometidos con bombas. Posteriormente, sobre la base de los trabajos de este Comité Especial, se elaborarían y aprobarían por la Asamblea General tres tratados “de nueva generación” que han completado de manera notable el derecho internacional convencional contra el terrorismo. Se trata, en primer término, del Convenio internacional para la represión de los atentados cometidos con bombas de 1997 y del Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005<sup>940</sup>. Finalmente, este mismo autor recuerda un marco importante: “la evolución de la Asamblea General se completa con la

---

<sup>934</sup> Vid. el Convenio de Tokio de 14 de septiembre de 1963 y demás convenios en HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. - *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, op. cit., pg.14.

<sup>935</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, op. cit., pg.14.

<sup>936</sup> Recuérdense los atentados en la década de los noventa en Manchester, Colombo, Tokio, Tel Aviv, París, Atlanta, Oklahoma, Dahrán, Nairobi o Dar es Salaam, en HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, op. cit., pg.17.

<sup>937</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, op. cit., pg.17.

<sup>938</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. - *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, op.cit., p.18.

<sup>939</sup> En el punto3.f de la Resolución 51/210, la Asamblea General exhorta a los Estados a que “Adopten medidas para prevenir y contrarrestar, mediante medidas internas apropiadas, la financiación de terroristas y de organizaciones terroristas, ya sea que se haga en forma directa o indirecta, por conducto de organizaciones que tengan además o que proclamen tener objetivos caritativos, sociales o culturales, o que realicen también actividades ilícitas, como el tráfico ilegal de armas, la venta de estupefacientes y las asociaciones ilícitas, incluida la explotación de personas a fin de financiar actividades terroristas [...]” in HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. - *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, op.cit., p.19.

<sup>940</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. - *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, op.cit., pág. 19.

aprobación, en septiembre de 2006, de una “Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo”, mediante su Resolución 60/288”.<sup>941</sup>

### **2.1.1. Principales *instrumentos universales* en materia de terrorismo y su financiación.**

Los Convenios y Resoluciones internacionales son el fundamento de la normativa internacional a nivel universal<sup>942</sup>. Entre los principales documentos y resoluciones internacionales que España reconoce y aplica, y que han sido incorporados a su ordenamiento jurídico se encuentran los siguientes:

- a) Convenio de Tokio sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves de 1963;
- b) Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970;
- c) Convenio para la represión de actos Ilícitos contra la seguridad de la aviación civil 1971;
- d) Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 1973;
- e) Convención internacional contra la toma de rehenes de 1979;
- f) Convención sobre la protección física de los materiales nucleares de 1980;
- g) Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1988;
- h) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988;

---

<sup>941</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. - La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., pág. 21.

<sup>942</sup> “El Consejo de Seguridad es el órgano al que la Carta de Naciones Unidas otorga la responsabilidad principal en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. En el desempeño de tal misión, el Consejo de Seguridad no se ocupó realmente de las cuestiones relacionadas con el terrorismo internacional hasta mediados de los ochenta. El Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 579, en la que condena “todos los actos de secuestro y toma de rehenes como manifestaciones de terrorismo internacional”. Véase: Resolución 579 (1985), Doc. S/RES/579, de 18 de diciembre de 1985, punto 5, en HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. - La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op. cit., pág. 23.

- i) Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental de 1988;
- j) Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección de 1991;
- k) Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997;
- l) Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999;
- m) Resolución del Consejo de Seguridad nº 1267 de 1999;
- n) Resolución del Consejo de Seguridad nº 1269 de 1999;
- o) Resolución del Consejo de Seguridad nº 1333 de 2000;
- p) Resolución del Consejo de Seguridad nº 1373 de 2001;
- q) Resolución del Consejo de Seguridad nº 1390 de 2002;
- r) Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, de 2005;

Esta normativa se ha incrementado enormemente después de los grandes atentados ocurridos en Estados Unidos (2001) y los ataques producidos en Europa (en Madrid, Londres, Francia y otros países europeos), dando origen a un entramado de

normas que pretenden reprimir y prevenir en la práctica atentados terroristas y la financiación de los grupos dedicados a tales actividades.<sup>943</sup>

### **2.1.2. La Resolución nº 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.**

Las Resoluciones de Naciones Unidas han sido una de las principales respuestas a los ataques perpetrados por el terrorismo internacional en las últimas décadas. Como describe HINOJOSA MARTÍNEZ “Con estos antecedentes, el 11 de septiembre de 2001 marca un antes y un después en el tratamiento del terrorismo por parte del Consejo de Seguridad. En esta línea, el Consejo de Seguridad ha condenado los ataques del 11 de septiembre de 2001, así como los posteriores atentados en Bali, Moscú, Kikambala y Mombasa, Bogotá, Estambul<sup>944</sup>, Madrid<sup>945</sup>, Londres<sup>946</sup> e Irak.<sup>947</sup> Igualmente, este órgano ha condenado el asesinato del antiguo primer Ministro libanés Rafik Hariri en febrero de 2005, estableciendo una Comisión internacional independiente para investigarlo<sup>948</sup> Solo la situación creada tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 puede explicar las novedades que en la trayectoria del Consejo de Seguridad supone su Resolución 1373 (2001)<sup>949</sup>. Esta Resolución 1373 (2001) del

---

<sup>943</sup> En este sentido HINOJOSA MARTÍNEZ recuerda que son consecuencia de la respuesta internacional “las resoluciones del Consejo de Seguridad contra los talibanes de Afganistán, como consecuencia de su connivencia con el grupo terrorista Al Qaeda y Osama Bin Laden. Con independencia de sus Resoluciones anteriores sobre el conflicto de Afganistán, el Consejo de Seguridad acusa en 1998 a los talibanes de “albergar y adiestrar” a terroristas, exigiéndoles que cesen en esa actividad y que colaboren en el enjuiciamiento de los inculcados en actos de terrorismo. Posteriormente, en octubre de 1999, el Consejo de Seguridad acusa ya directamente a los talibanes de proporcionar cobijo a Osama Bin Laden (cuya entrega se exige) y a su organización terrorista, y adopta sanciones contra esa facción de beligerantes afgana, que implican, entre otras cosas, la “congelación de los fondos y otros recursos financieros, incluidos los fondos producidos o generados por bienes propiedad de los talibanes o bajo su control directo o indirecto”. Estas sanciones se complementarán con una Resolución posterior en 2000, que ya establece una obligación de “congelar sin demora los fondos e otros activos financieros de Osama Bin Laden y de las personas y entidades con él asociados, indicados por el Comité” que había creado el Consejo para la gestión de las mencionadas sanciones.” Así Resolución 1333 (2000), Doc. S/RES/1333, de 19 de diciembre de 2000, en HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. - La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op. cit., pág.25.

<sup>944</sup> Resolución del Consejo de Seguridad 1516 (2003), Doc. S/RES/1516 de 20 de noviembre de 2003, en HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. - La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op. cit., pág.26.

<sup>945</sup> Resolución del Consejo de Seguridad 1530 (2004), Doc. S/RES/1530 de 11 de marzo de 2004, en HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. - La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op. cit., pág.26

<sup>946</sup> Resolución del Consejo de Seguridad 1611 (2005), Doc. S/RES/1611 de 7 de julio de 2005, en HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. - La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op. cit., pág.26.

<sup>947</sup> Resolución del Consejo de Seguridad 1618 (2005), Doc. S/RES/1618 de 4 de agosto de 2005, en HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. - La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op. cit., pág.26.

<sup>948</sup> Resolución del Consejo de Seguridad 1595 (2005), Doc. S/RES/1595 de 7 de abril de 2005, y 1748 (2007), Doc. S/RES/1748, de 7 de marzo de 2007, en HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op. cit., pág.26.

<sup>949</sup> Resolución del Consejo de Seguridad 1373 (2001), Doc. S/RES/1373, de 28 de septiembre de 2001, en HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op. cit., p.28.

Consejo de Seguridad constituye el punto de partida de una nueva dimensión en las funciones de la mencionada institución.<sup>950</sup>

Como bien destaca MORAL DE LA ROSA “será la importante Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en la que se decide sobre la necesidad de que todos los Estados prevengan y repriman la financiación del terrorismo, tipificando como delito la provisión o recaudación internacionales, por cualquier medios, de fondos, dirigidos a perpetrar actos de terrorismo, congelando los fondos y cualquier activo de las personas, grupos... que cometan, intenten cometer actos de terrorismo o faciliten su comisión”<sup>951</sup>.

En el mismo sentido MARTÍN VELASCO recuerda que “el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, reaccionando inmediatamente a los atentados del 11-S adoptaba, el 28 de septiembre de 2001, la importante Resolución 1373, la cual fue aprobada actuando en virtud de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas que se refiere a las acciones a emprender en caso de amenazas o quebrantamientos de la paz o actos de agresión. Es ésta por tanto una Resolución vinculante para todos los Estados miembros. De conformidad con la misma se imple a los miembros de la ONU a que adopten las medidas necesarias para prevenir y reprimir el delito de terrorismo, así como su financiación, disponiendo una serie de medidas de carácter general orientadas a la prevención, el enjuiciamiento y el castigo de todos los actos de financiación del terrorismo, no reduciéndose a los presuntos autores de los actos del 11-S. Por una parte se exige el establecimiento de normas que tipifiquen como delito la recaudación intencional de fondos con la finalidad, o con conocimiento, de que se utilizarán para perpetrar actos de terrorismo, y por otro se prohíbe la financiación de los propios terroristas, es decir, el poner fondos a disposición de las personas o entidades que cometan actos de terrorismo. Otro conjunto de medidas impone a los Estados la obligación de congelar los activos financieros de las personas que cometan actos de terrorismo o participen en ellos de algún modo, incluso facilitando su comisión. Poco antes, la Resolución 1267 (1999), creaba un listado conocido como la “lista consolidada” la cual no es propiamente un listado de grupos terroristas en general sino un compendio de personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-

---

<sup>950</sup>Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op. cit., pág.29.

<sup>951</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op. cit., pág. 256.

Qaeda y los talibanes, respecto de las cuales el Consejo de Seguridad impone a todos los Estados la obligación de congelar sus activos”<sup>952</sup>.

Conforme este autor, el objetivo de tal Resolución es dotar de instrumentos de cooperación internacional y de orden interno dirigidos ineludiblemente a evitar que el dinero llegue a las organizaciones terroristas, con el que se mantiene la existencia del grupo y se cometen nuevos delitos. Esta estrategia se cumple por medio de la profundización y el intercambio de información entre los Estados, adoptando medidas y cooperando para impedir y reprimir ataques de esta naturaleza. Tal postura se justifica pues como se ha venido comprobando en la práctica, en la conexión existente entre el terrorismo, especialmente el internacional y la delincuencia organizada transnacional, las drogas ilícitas, el blanqueo de dinero, el tráfico ilícito de armas, la circulación ilícita de materiales radiactivos, químicos y biológicos y otros materiales potencialmente letales<sup>953</sup>.

Básicamente, el apartado 1.a) de la Resolución 1373 requiere a los Estados que “prevengan y repriman la financiación de los actos de terrorismo”, y en su párrafo c), determina que “congelen sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas y entidades o bajo sus órdenes, inclusive los fondos obtenidos o derivados de los bienes de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades asociadas con ellos”. No se pierde de vista por otro lado que las organizaciones terroristas a veces pueden realizar actos criminales de diversa naturaleza (delitos contra el patrimonio, tráfico de drogas, falsificaciones, fraudes...).

Por su parte, el párrafo 1 de la Resolución 1373 enfatiza que los Estados tienen el deber de prevenir y reprimir “la financiación de los actos de terrorismo”, tipificando como delitos graves en su derecho interno “la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en sus

---

<sup>952</sup> Cfr. MARTÍN VELASCO, L.: Instrumentos jurídicos contra la financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 61.

<sup>953</sup> Ídem.

territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo”.

Igualmente, se espera de los Estados miembros que prohíban “a sus nacionales o a todas las personas y entidades en sus territorios que pongan cualesquiera fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos de otra índole, directa o indirectamente, a disposición de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo o faciliten su comisión o participen en ella, de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas o bajo sus órdenes”.

Se puede en este sentido afirmar que la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, fue uno de los documentos más importantes por determinar de manera clara que los Estados miembros debían adoptar medidas contra la financiación del terrorismo y contra otras formas de apoyo, como el reclutamiento y el suministro de armas. Es importante destacar que esta resolución, en el inciso b) de su apartado 1, prácticamente recoge la prescripción hecha por el apartado 1 del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas<sup>954</sup>, al tiempo que subraya otras obligaciones de los Estados para atacar el soporte financiero y otra clase de apoyos al terrorismo.

Como destaca este MORAL DE LA ROSA la “lucha contra la financiación del terrorismo no solo es una forma de delimitar el problema, sino, una obligación impuesta internacionalmente, nos estamos refiriendo reiteradamente al Convenio para la Financiación del Terrorismo hecho en New York en diciembre de 1999, pero igualmente debemos hacer referencia a la también citada resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en sesión de 28 de septiembre de 2001, el pleno extraordinario del GAFI sobre financiación del terrorismo celebrado en Washington los días 29 y 30 octubre de 2001 y la Posición Común de la Unión Europea de 27 diciembre de 2001. La referida Resolución 1373, en la que se establece la creación de un Comité

---

<sup>954</sup> Así el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, mediante la resolución 1373 (2001): “1. Decide que todos los Estados [...] b) Tipifiquen como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en su territorio con la intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo [...] 2. Decide también que los Estados [...] e) Aseguren el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, y aseguren que, además de cualquiera otras medidas de represión de esos actos que se adopten, dichos actos queden tipificados como delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos y que el castigo que se imponga corresponda a la gravedad de esos actos de terrorismo [...]”.



del Consejo de Seguridad integrado por todos sus miembros y asistidos por expertos, se decide sobre la necesidad de que todos los Estados prevengan y repriman la financiación del terrorismo, tipificando como delito la provisión o recaudación internacionales, por cualquier medios, de fondos, dirigidos a perpetrar actos de terrorismo, congelando los fondos y cualquier activo de las personas, grupos... que cometan, intenten cometer actos de terrorismo o faciliten su comisión. Se trata de dotar de *instrumentos de cooperación internacional* y de orden interno dirigidos ineludiblemente a evitar que el dinero llegue a las organizaciones terroristas, con el que se mantiene la existencia del grupo y se cometen nuevos actos. Para ello deberá intensificarse y agilizarse el intercambio de información adoptando medidas y cooperar para impedir y reprimir ataques de esta naturaleza.”<sup>955</sup>

Sobre el importante papel de la *cooperación internacional* me sumo a las observaciones de HINOJOSA MARTÍNEZ en el sentido de que “la *cooperación internacional en la lucha contra la financiación del terrorismo* se ha articulado jurídicamente en época muy reciente, aunque esa regulación se esté desarrollando a una gran velocidad, como consecuencia de la presión política y de la transcendencia mediática que el fenómeno terrorista ha generado en los últimos años”.<sup>956</sup> Este autor destaca que “durante el período bi-polar, la existencia de paraísos fiscales y de centros financieros *offshore* había sido tolerada por las grandes potencias. Se trataba de territorios neutrales en los que se producían los arbitrajes necesarios entre capitales de diversa procedencia ideológica y geográfica. Tras la caída de los regímenes comunistas, a principios de los noventa y la paralela mejora de las relaciones entre EEUU y algunos países árabes, el papel de esos centros financieros deja de ser tan interesante. La lenta superación de ese conflicto de intereses explica que la fiscalización del sistema financiero como mecanismo de lucha contra los delitos transnacionales no cuente con instrumentos realmente relevantes hasta mediados de los ochenta. Además, esta fórmula moderna de lucha contra el crimen se centra, en un primer momento, en el tráfico de

---

<sup>955</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 261.

<sup>956</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. - La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op. cit., p.67.

drogas y, posteriormente, en la persecución de los grupos de delincuencia organizada.”<sup>957</sup>

### **2.1.3. El Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo del año 1999**

Como recuerdan GONZÁLEZ CUSSAC y VIDALES RODRÍGUEZ “el primer texto de imperativa mención es el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de Naciones Unidas hecho en Nueva York, el 9 de diciembre de 1999 y ratificado por nuestro país el 1 de abril de 2002. Según dispone el apartado primero del artículo 2, incurrirá en responsabilidad penal quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer actos terroristas. Además, como señala el apartado tercero del mencionado precepto, la conducta seguirá considerándose delictiva, aun cuando los fondos no se hayan usado para cometer tales actos. Por último, se castiga la tentativa y las formas de participación (apartados 4 y 5, respectivamente)”<sup>958</sup>.

El texto aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999 (y abierta a la firma el 10 de enero de 2000) ofrece un referente para la tipificación de la financiación del terrorismo en su artículo 2º:

“ 1. “Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:

- a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado.
- b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no

---

<sup>957</sup> La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, por la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000, en HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op. cit., p.68.

<sup>958</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., y VIDALES RODRÍGUEZ, C.: El nuevo delito de financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 182.

participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.”

Como describe DE LA CUESTA ARZAMENDI el Convenio de 1999 parte de la delimitación del delito de financiación del terrorismo, al que configura como un fenómeno criminal independiente de la comisión de los propios actos de terrorismo y, por tanto, merecedor de una tipificación específica que permita superar las insuficiencias derivadas de la accesoriedad característica de las formas de participación, debiendo ser igualmente punible en grado de tentativa (art. 2 § 4). Este autor destaca que en este instrumento el *concepto de financiación* (art. 2) se identifica con la provisión o recolección de fondos, “por el medio que fuere, directa o indirectamente”, con el objetivo de comisión de un acto terrorista (art. 2 § 3)<sup>959</sup>.

Por otro lado la normativa entiende por “fondos”, a estos efectos, los bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hubieran obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva, créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito (artículo 1). En este sentido, todos los medios, bien legales (financiación privada, pública o semipública, de asociaciones) o ilegales, resultan abarcados por la definición.

HINOJOSA MARTÍNEZ explica, además, que el Convenio de 1999 para la represión de la financiación del terrorismo introduce una importante novedad en este contexto al configurarse como un *tratado transversal*. Este autor afirma que “aunque regula únicamente la financiación del terrorismo, se aplica a “todo tipo de terrorismo”, lo que le conduce a realizar una definición general de ese fenómeno para determinar su ámbito de vigencia. Ante esta tesitura, el Convenio utiliza un doble mecanismo: en primer lugar, se remite a los actos ya tipificados en los Convenios sectoriales; adicionalmente, en segundo lugar, refuerza su ámbito de aplicación con una definición

---

<sup>959</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 108, aquí ampliamente referido por el completo diagnóstico que hace de la normativa internacional.

general de terrorismo. Así, el artículo 2.1.b) del mencionado Convenio califica como terrorista “cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”. Nos hallamos ante una definición sorprendentemente amplia, que únicamente excluye de la noción de terrorismo los actos de violencia, en el contexto de un conflicto armado.<sup>960</sup>

En lo que se refiere al *aspecto subjetivo*, como subraya DE LA CUESTA ARZAMENDI, “el delito de financiación del terrorismo se define como un delito doloso, lo que significa que los actos han de ser realizados con conciencia y voluntad de utilización de los fondos para la financiación de actos de terrorismo o, al menos, sabiendo que serán empleados a tal fin. Objetivo del Convenio es alcanzar a cuantos participen de algún modo en la financiación del terrorismo, a partir del mismo momento en que tengan conocimiento de la utilización de los fondos (arts. 1, 2, 3, 5 y 7). Por tanto, excluyendo a quienes actúen de buena fe, se contemplan (al mismo nivel) no sólo a los que efectivamente entregan los fondos, sino igualmente a los que dan las órdenes y a quienes cooperan para el ingreso de las contribuciones, cualquiera que sea su naturaleza. Dispone, en efecto, el Convenio de 1999 sobre financiación del terrorismo (artículo 2 § 5) que “comete igualmente un delito quien participe como cómplice en la comisión de un delito” y quien “organice la comisión de un delito (...) o dé órdenes a otros de cometerlo”. Es más, el artículo 2 § 5 c) añade asimismo a quien “contribuya a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 4 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común. La contribución deberá ser intencionada y hacerse: i) Ya sea con el propósito de facilitar la actividad delictiva o los fines delictivos del grupo, cuando esa actividad o esos fines impliquen la comisión de un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo; o ii) Ya sea con conocimiento de la intención del grupo de cometer un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo”.<sup>961</sup> El Convenio de 1999 incluye a las *personas jurídicas* en el ámbito de las medidas preventivas y sancionadoras, cuando estén involucradas en la financiación del terrorismo. Como destaca este autor “se exige a los Estados que

---

<sup>960</sup>Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op. cit., pág. 61.

<sup>961</sup> Así lo describe DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 110.

establezcan un régimen específico de responsabilidad de las mismas, sin exigir que éste deba ser necesariamente penal. Aún más, dada la probada utilización de entidades no lucrativas como vía de financiación y apoyo por parte de los grupos terroristas”<sup>962</sup>. Por otro lado, se destaca en el documento la preocupación ya manifestada por la Resolución de la Asamblea General 51/210 de 1996, en el sentido de que los Estados prohíban “en sus territorios las actividades ilegales de personas y organizaciones que promuevan, instiguen, organicen o cometan a sabiendas” delitos relativos a la financiación del terrorismo (artículo 18 -1- letra “a”)<sup>963</sup>.

Sobre esta normativa, pienso que el recientísimo artículo de Joaquín MERINO HERRERA con acierto describe y destaca su importancia. Por tal razón, incluyo sus consideraciones al respecto de esta materia (manteniendo literalmente sus respectivas notas).

Para este autor, “aunque el soporte financiero es un pilar fundamental para el desarrollo y mantenimiento de la estrategia terrorista en todo su contexto, y muy a pesar de que la prevención, incriminación y castigo de la financiación del terrorismo afectan, debilitan o inclusive eliminan el funcionamiento del aparato logístico y de planificación implementado por los autores de esta clase de delincuencia, y ello, por supuesto, sumado a que las acciones antiterroristas adoptadas en este concreto sentido implican un adelantamiento de las líneas de defensa estatales que permite evitar la preparación o comisión de otros delitos de terrorismo de resultado material o de peligro, lo cierto es que las medidas penales y de persecución criminal en esta materia no gozan, contrariamente a lo que sucede con otras formas de criminalidad terrorista, de un gran arraigo en el marco jurídico internacional. Al menos así lo refleja la plataforma normativa antiterrorista de las Naciones Unidas, que constituye un referente legal en materia de prevención, tipificación penal, persecución y castigo de los actos, actividades, métodos y prácticas terroristas. Y es que después de concretarse once convenciones internacionales en el marco de las Naciones Unidas sobre variadas modalidades del terrorismo, y tras reconocerse la urgente necesidad de mejorar la

---

<sup>962</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 110.

<sup>963</sup> En cuanto a este aspecto Los hechos, que no deben hallar justificación en ningún caso por motivos de orden político, filosófico, ideológico, racial, étnico, religioso u otros análogos (artículo 6), han de ser castigados con sanciones penales proporcionadas a la gravedad del delito, en su caso, de especial severidad. Por su parte, se encomienda la utilización de los recursos procedentes de la aplicación del comiso en la creación de un fondo de indemnización de las víctimas de delitos terroristas o de sus familiares (art. 8 § 4).

cooperación internacional para prevenir la financiación del terrorismo y crear un instrumento jurídico apropiado<sup>964</sup>, el diez de enero de 2000 por fin se firmaba la “Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo”<sup>965</sup>. Su influencia ha sido determinante, pues a ella se ciñen otros instrumentos que se han encargado de fijar las bases para la prevención, la tipificación penal y persecución penal de las actividades de financiamiento del terrorismo<sup>966</sup>, o bien que se han centrado en hacer recomendaciones generales sobre ciertas precauciones y acciones a tomar por parte de los Estados contra la financiación del terrorismo, así como respecto de la forma de proceder para detectar e impedir las actividades de dicha naturaleza<sup>967</sup>. Es verdad que con anterioridad a la consolidación de esta Convención internacional, las Naciones Unidas ya advertían de la importancia de la cuestión, aunque no lo es menos que, en principio, desde esta perspectiva, y atendiendo a una realidad distinta a la que se ha venido dando en los últimos años, se ponía el acento en los actos y actividades de

---

<sup>964</sup> Así se ponía de relieve, por ejemplo, en la resolución de la Asamblea General A/RES/53/108, de 26 de enero, en la que se tomó la decisión de que el Comité Especial establecido en virtud de la resolución 51/210 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996, elaborara un proyecto de convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo que complementara los instrumentos internacionales conexos existentes sobre la materia.

<sup>965</sup> Cuyo contenido puede verse en la resolución de la Asamblea General A/RES/54/109, de 25 de febrero de 2000.

<sup>966</sup> Si bien de manera regional, y tomando como base la Convención de las Naciones Unidas, se concertó la Convención interamericana contra el terrorismo, aprobada en Sesión plenaria de la Asamblea General de la Organización de Estados Interamericanos del 3 de junio de 2002 [AG/RES.1840 (XXXII-O/02)], de cuyo contenido, a los efectos de este epígrafe, cabe considerar el artículo 1, el inciso j) del párrafo 1 del artículo 2, así como el artículo 4, relativo a las medidas para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo. Por su parte, la Unión Europea adoptaba la **Posición común del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo** [(2001/931/PESC); *Diario Oficial* núm. L 344 de 28/12/2001 p. 0093 – 0096], así como el **Reglamento del Consejo de 27 de diciembre de 2001, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo** [Reglamento (CE) núm. 2580/2001; *Diario Oficial* núm. L 344 de 28/12/2001 p. 0070 – 0075]. Ni que decir tiene de la Convención del Consejo de Europa n° 198, sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y sobre la financiación del terrorismo, de 16 de mayo de 2005.

<sup>967</sup> En este sentido, muy importantes han sido las Cuarenta Recomendaciones desarrolladas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), dentro de las que se integran algunas especiales sobre la financiación del terrorismo, de manera que se puede decir que conforman un marco básico dirigido a la prevención y supresión de esta vertiente del actuar terrorista.

financiación del terrorismo procedentes de los Estados<sup>968</sup>. Dicha preocupación no sólo no ha cesado<sup>969</sup> sino que se ha extendido a los agentes no estatales<sup>970</sup> y, de hecho, también se ha generado a causa de las conexiones existentes en este sentido entre

---

<sup>968</sup> Porque, además, la abstención por parte de los Estados a financiar actos de terrorismo constituye una obligación jurídica internacional que deriva de la Carta de las Naciones Unidas. Tanto es así que, ya desde la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y, particularmente, a propósito del terrorismo de Estado, en el párrafo segundo de El principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta, se imponía a los Estados la obligación de abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar [...] actividades terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado (*vid.* resolución de la Asamblea General 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970). En el mismo sentido, *vid.* la Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales y, especialmente, el apartado 6 de este instrumento jurídico ubicado en la Sección I, en donde se establecen las obligaciones que impone el Derecho internacional a los Estados de abstenerse de organizar, instigar y apoyar en otros Estados actos [...] terroristas [...] o de dar su consentimiento para la realización de actividades organizadas dentro de sus territorios que apunten a la comisión de dichos actos (*vid.* resolución de la Asamblea General 42/22, de 18 de noviembre de 1987). Se acogen a ambos instrumentos jurídicos, por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General 34/145, de 17 de diciembre de 1979; 38/130, de 19 de diciembre de 1983; 40/61, de 9 de diciembre de 1985; 42/159, de 7 de diciembre de 1987; 44/29, de 4 de diciembre de 1989; 46/51, de 9 de diciembre de 1991, inciso a) del párrafo 5 de la Sección I del Anexo de la resolución A/RES/49/60, de 17 de febrero de 1995, titulado Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional. En idéntico sentido, *vid.* la resolución del Consejo de Seguridad S/RES/1189 (1998), de 13 de agosto.

<sup>969</sup> Como se desprende de las resoluciones de la Asamblea General A/RES/53/108, de 26 de enero de 1999 y A/RES/55/158, de 30 de enero de 2001, en las que se vuela a recordar a los Estados su obligación de abstenerse de adiestrar a terroristas, financiar o alentar actividades terroristas o apoyarlas por cualquier otro medio, así como de las resoluciones de este mismo órgano de las Naciones Unidas A/RES/56/88, de 24 de enero de 2002, A/RES/57/27, de 15 de enero de 2003, A/RES/58/81, de 8 de enero de 2004, A/RES/59/46, de 16 de diciembre de 2004, A/RES/60/43, de 6 de enero de 2006, A/RES/61/40, de 18 de diciembre de 2006, A/RES/62/71, de 8 de enero de 2008; y ello, siquiera sea porque en ellas se reafirma el contenido de la Resolución A/RES/49/60, de 17 de febrero de 1995. En el mismo sentido, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *vid.* resolución S/RES/1373 (2001).

<sup>970</sup> En este sentido, *vid.* la resolución de la Asamblea General A/RES/51/210, de 16 de enero de 1997, en cuyo párrafo 3, inciso f), se exhortaba a los Estados a que adoptaran nuevas medidas, como la de prevenir y contrarrestar, mediante acciones internas apropiadas, la financiación de terroristas y de organizaciones terroristas, ya fuera que se hiciera de forma directa o indirecta, por conducto de asociaciones que tuvieran además o que proclamaran tener objetivos caritativos, sociales o culturales, o que realizaran también actividades ilícitas, como el tráfico de drogas, la venta de estupefacientes y asociaciones ilícitas, incluida la explotación de personas, a fin de financiar actividades terroristas y, en particular, a que consideraran, en su caso, la adopción de medidas regulatorias para prevenir y contrarrestar los movimientos de fondos que se sospechara se hicieran con fines terroristas. A la cuestión se le dio mayor interés, sobre todo, a raíz de que el terrorismo de *Al-Qaeda* se proyectó contra Los Estados Unidos de América. En efecto, las reacciones internacionales en este sentido, en buena medida, vinieron motivadas por los atentados cometidos por dicha red terrorista contra las embajadas estadounidenses de Kenia y Tanzania en 1998. Así lo evidencia, por ejemplo, la resolución de Consejo de Seguridad S/RES/1333 (2000), de 19 de diciembre, en la que, entre otras cosas, se decidía que todos los Estados debían adoptar nuevas medidas para congelar sin demora los fondos y otros activos financieros de *Osama Bin Laden* y de las personas y entidades asociadas con él, incluidos los de la organización *Al-Qaeda* y los fondos dimanantes u obtenidos de bienes poseídos o controlados directa o indirectamente por *Osama Bin Laden* y las personas o entidades con él asociados, y velar porque esos fondos o recursos financieros no fueran utilizados [...]. Más extensa y contundente sobre ciertas medidas a adoptar para afrontar la financiación del terrorismo, fue la resolución S/RES/1373 (2001), de 28 de septiembre de 2001, que fue emitida en respuesta a los atentados del 11 de septiembre.

algunos Estados y ciertos individuos, grupos, organizaciones o redes terroristas<sup>971</sup>. A partir de lo anterior, es posible establecer dos aspectos, si bien evidentes, fundamentales para nuestro asunto. Y es que de ello resulta, en primer lugar, que la financiación del terrorismo, como ciertamente ocurre con todas las vertientes de este fenómeno criminal, es algo que puede ser atribuible tanto a actores estatales como a los que no lo son, y, en segundo lugar, que no sólo deriva en aportaciones económicas y materiales para sufragar actos de terrorismo, sino también, y entre otras cosas, en brindar refugio y apoyo logístico a los terroristas. En efecto, más allá del suministro de recursos financieros y materiales, como el abastecimiento de armamento y explosivos, el financiamiento del terrorismo abarca la provisión de los medios necesarios para llevar a cabo actividades como las relativas al entrenamiento, formación, protección, alojamiento y manutención de terroristas. En este sentido, no hay que olvidar que la planificación de atentados terroristas requiere una preparación muy diversa, y en muchos casos especializada, que puede durar años<sup>972</sup> y que, tras su perpetración, lo común es que la organización terrorista a la cual pertenecen los autores se encargue de garantizarles refugio seguro si antes no son detenidos por la policía o si no han muerto en la operación. En fin, como bien ha dicho *Laqueur*, los terroristas modernos no viven únicamente del entusiasmo; necesitan grandes cantidades de dinero<sup>973</sup> y, como por su parte apuntan De la Corte Ibáñez y Jordán, por mucho que suelen llevar un estilo de vida austero (como los *yihadistas*), lo cierto es que la financiación resulta indispensable para la pervivencia de su proyecto.”<sup>974</sup>

## 2.2. Normativa Europea

Desde diferentes perspectivas el tema del terrorismo y su financiación ha sido tratado en el ámbito europeo. En lo que se refiere a los aspectos normativos esta materia cuenta con una amplísima gama de normas que sirven para orientar a los Estados

---

<sup>971</sup> Un ejemplo de ello lo constituye la resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones 748 (1992), de 31 de marzo, emitida a propósito de los atentados cometidos contra las aeronaves de los vuelos 103 de PAN AM y 772 de la Compañía *Union de transports aériens* [operaciones terroristas que, como se desprende de la resolución del Consejo de Seguridad 731 (1992), de 21 de enero, se atribuyeron a funcionarios del gobierno libio], en cuyo contenido se decidía que el Gobierno de Libia debía comprometerse definitivamente a poner fin a todas las formas de acción terrorista y a toda la asistencia a grupos terroristas, y que, además, debía demostrar, mediante actos concretos, su renuncia al terrorismo.

<sup>972</sup> En este sentido, Gunaratna, R., *Al Qaeda. Viaje al interior del terrorismo islamista*, Traducción de Harris, S. T., Servi Doc, Barcelona, 2003, pág. 122, que refiere que *Al-Qaeda* nunca puede operar en el aislamiento, debido a que montar una operación terrorista requiere un apoyo financiero y técnico-logístico que a menudo tiene que ser preparado en el lugar unos años antes.

<sup>973</sup> Laqueur, W., *Terrorismo*, traducción de López Muñoz, Espasa-Calpe, Madrid, 1980, pág. 130.

<sup>974</sup> Así lo expresa, literalmente, MERINO HERRERA, J.: Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo. En *Revista Penal*, nº 36, pág. 155. He mantenido sus citas.



miembros en la lucha antiterrorista, estableciendo compromisos y deberes de actuación. Este abanico de normas también sirve de inspiración al legislador nacional y representa una política-criminal mínima a ser seguida en el espacio geopolítico europeo.

En este campo merecen ser destacados los trabajos del *Consejo de Europa* y la actividad normativa de la *Unión Europea*. Dentro de este contexto, pasaremos enseguida a describir los principales documentos (resoluciones, recomendaciones, convenios y otros instrumentos) que tratan del tema en Europa.

Como bien describe MARTÍN VELASCO “podemos afirmar que el modelo europeo de lucha antiterrorista está basado en el empleo del *principio de cooperación*, tanto extracomunitaria como intracomunitaria. Este modelo contrapesa la eficacia policial y la agilización en los procedimientos de entrega de detenidos con una garantía sólida de la protección de los derechos fundamentales, característica distintiva del mismo en su respuesta frente al terrorismo, en contraposición al modelo norteamericano. No obstante, y dado que pese al crecimiento de las competencias comunitarias, las bases de la seguridad ciudadana siguen en manos de cada Estado, la armonización normativa de los tipos penales mínimos es un proceso necesario para lograr una eficacia mayor del actual Plan Europeo de Acción contra el Terrorismo y de la Estrategia de Seguridad de la Unión Europea. Pues bien, en este ámbito, distintas Directivas y Reglamentos europeos se han ido ocupando de la financiación del terrorismo, primero enfocándolo como una forma de delincuencia organizada y posteriormente como una “pata” más de las que sustenta todo el engranaje terrorista en Europa y en el mundo, desde una perspectiva integral. Uno de los precedentes más importantes en cuanto a normativa común en la lucha contra el terrorismo lo constituye la Posición Común del Consejo Europeo de 27 de diciembre de 2001 sobre Aplicación de Medidas Específicas de Lucha Contra el Terrorismo, adoptada inmediatamente después de los atentados del 11 de septiembre en Norteamérica. Esta norma, además de contener una definición europea de lo que se entiende por delito terrorista, crea el Listado Europeo de Organizaciones y Sujetos Terroristas, en el que se incluyen tanto las personas, como los grupos y entidades con respecto a los cuales hay una obligación de congelar los fondos y cualquier otro activo financiero que pertenezcan a los mismos. Entre esas organizaciones terroristas se incluye, como no podía ser de otra forma, a ETA y todo su aparato logístico y de apoyo, como son las organizaciones KAS, Xaki, Ekin, Jarrai-Haika-Segi o las Gestoras Pro-amnistía. También se establecen

determinadas medidas de cooperación policial y judicial, así como otras destinadas a congelar los fondos que tengan por finalidad financiar las actividades terroristas. La definición sobre delito terrorista contenida en la Posición Común citada, apareció posteriormente reflejada, con pequeños cambios, en la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre Lucha Contra el Terrorismo, la cual impone a los Estados obligaciones de tipificación en las distintas legislaciones penales y cargas de naturaleza procesal penal, incluyendo diversas regulaciones sobre cuestiones tales como la competencia o la responsabilidad de la persona jurídica en el proceso penal correspondiente”<sup>975</sup>.

En lo que se refiere a la *cooperación internacional* también se aprecian problemas. Como menciona HINOJOSA MARTÍNEZ “la cooperación internacional contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo es relativamente reciente, y esto genera una serie de problemas que todavía *limitan su eficacia*. Aunque se pueden encontrar antecedentes en algunas disposiciones de los convenios contra el tráfico de drogas, la mayoría de los instrumentos normativos internacionales en este ámbito, y en un plano universal, se adoptan a partir de las finales de los noventa”<sup>976</sup>.

### **2.2.1. Las actividades del Consejo de Europa**

El *Consejo de Europa* tiene como misión en el campo de la lucha antiterrorista desarrollar actividades de *supervisión política*. Esquemáticamente, en el ámbito del Consejo de Europa el tratamiento jurídico del terrorismo comienza en 1977 con la aprobación del Convenio europeo para la represión del terrorismo<sup>977</sup>. Este Convenio fue enmendado en mayo de 2003, a raíz del impacto que han producido los atentados del 11 de Septiembre de 2001 en Estados Unidos.

A esta iniciativa han seguido otros Convenios de Consejo de Europa, indirectamente relacionados con la materia del terrorismo: a) Convenio europeo de extradición<sup>978</sup>; b) Convenio europeo de ayuda mutua judicial en materia penal<sup>979</sup>; c) Convenio europeo sobre transferencia de los procedimientos represivos<sup>980</sup>; d) Convenio

---

<sup>975</sup> Cfr. MARTÍN VELASCO, L.: Instrumentos jurídicos contra la financiación del terrorismo ..., op. cit., pág. 62.

<sup>976</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. - La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op. cit., pág. 89.

<sup>977</sup> STE n° 90.

<sup>978</sup> STE n° 24, con sus dos protocolos adicionales (STE n° 86 y n° 98).

<sup>979</sup> STE n° 30, y sus dos protocolos adicionales (STE n° 99 y n° 182).

<sup>980</sup> STE n° 73.

europeo sobre la indemnización a las víctimas de crímenes violentos<sup>981</sup>; e) Convenio sobre el blanqueo de dinero, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito<sup>982</sup>; f) Convenio sobre ciberdelincuencia<sup>983</sup>; g) el Protocolo adicional al Convenio sobre ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos<sup>984</sup>. Estos documentos han sido firmados por España y reconocidos por el país como instrumentos de suma importancia para la lucha antiterrorista.

Posteriormente, ya en el año 2005, se publica el *Convenio europeo para la prevención del terrorismo*<sup>985</sup> y el *Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo de dinero, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y sobre la financiación del terrorismo*<sup>986</sup> instrumentos que han completado el abanico de normas a nivel europeo relacionadas con la materia<sup>987</sup>.

### 2.2.2. Actividades de la Unión Europea

---

<sup>981</sup> STE nº 116.

<sup>982</sup> STE nº 141.

<sup>983</sup> STE nº 185.

<sup>984</sup> STE nº 189.

<sup>985</sup> STCE nº 196.

<sup>986</sup> STCE nº 198.

<sup>987</sup> Sobre este tema DE LA CUESTA ARZAMENDI describe con detalles las innovaciones producidas por tales documentos: “En el marco del *Consejo de Europa*, centrado el *Convenio de 1977* en asegurar la extradición en casos de terrorismo, fue completado en 2003 para incluir una referencia explícita a las infracciones contenidas en el Convenio de 1999 tanto si consumadas, como si cometidas en grado de tentativa o por complicidad (en la consumación o en la tentativa), y el hecho de su organización o de haber dado la orden a otros de comisión o de intentar cometer alguna de esas infracciones. Por su parte, el Convenio para la prevención del terrorismo —que no se aplica (art. 16) cuando las infracciones han sido cometidas en el interior de un Estado por un nacional del mismo que se encuentra en su territorio y sobre las que ningún otro Estado ha declarado su competencia, y cuyo objetivo explícito (art. 2) es “la mejora de los esfuerzos de las partes en la prevención del terrorismo y de sus efectos negativos sobre el pleno disfrute de los derechos humanos”—, en relación con las infracciones terroristas (entre las que se cuentan las definidas por el Convenio de 1999), obliga a los Estados Partes (por el momento, España sólo lo ha firmado) a tipificar penalmente - la provocación pública a su comisión, esto es, la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición pública de un mensaje, con la intención de incitar a la comisión de una infracción terrorista, cuando el comportamiento, que preconiza directamente o no la comisión de infracciones terroristas, crea el peligro de que puedan cometerse una o varias de estas infracciones (art. 5); - el reclutamiento (art. 6); - el entrenamiento para el terrorismo (art. 7). Estas infracciones penales, para cuya sanción no se precisa “que la infracción terrorista se haya cometido efectivamente” (art. 8), deben, además, castigarse igualmente en los casos de complicidad y organización de su comisión (o de dar la orden a otras personas para que la cometan) (art. 9). Este mismo artículo 9 exige también el castigo de la contribución a su comisión por parte de un grupo concertado de personas, bien con el fin de facilitar la actividad criminal del grupo o de servir a sus fines, o simplemente a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer una infracción terrorista. El art. 10 se ocupa de la sanción de las personas jurídicas, que puede ser penal, civil o administrativa, y sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas. Por su parte, el art. 11 exige a los Estados la previsión de penas, efectivas, proporcionales y disuasorias, así como la toma en consideración (de cara a la sanción) de las condenas anteriormente impuestas en el extranjero por este tipo de infracciones.” Así en *Financiación del terrorismo...*, op. cit., pág. 106-107.

La Unión Europea ha manifestado públicamente su pensamiento y política antiterrorista por medio de la *Estrategia de la Unión Europea de lucha contra el Terrorismo* publicada en 30 de noviembre de 2005.

Esta estrategia fue así descrita por el Consejo de la Unión Europea:

“El terrorismo no es un fenómeno nuevo en Europa. Plantea una amenaza para nuestra seguridad, para los valores de nuestras sociedades democráticas y para los derechos y libertades de los ciudadanos europeos. Entre 2009 y 2013 se produjo en los Estados miembros de la UE un total de 1 010 atentados fallidos, frustrados o consumados, en los cuales murieron 38 personas. Además, un cierto número de ciudadanos europeos ha sido secuestrado o asesinado por grupos terroristas en todo el mundo. Es probable que el fenómeno de los combatientes de Europa que viajan a distintos lugares para unirse a la yihad y la amenaza que pueden suponer para la seguridad dentro de la UE a su regreso persista durante los próximos años. Dado que estas amenazas no conocen fronteras, deben ser afrontadas tanto a escala nacional como internacional. Los Estados miembros de la Unión Europea están comprometidos a luchar juntos contra el terrorismo y a proporcionar a sus ciudadanos la mejor protección posible. Con este fin, el Consejo aprobó en 2005 la Estrategia de la UE de lucha contra el terrorismo. La estrategia se centra en cuatro pilares fundamentales: prevenir, proteger, perseguir y responder. En todos estos pilares, la estrategia reconoce la importancia de la cooperación con terceros países e instituciones internacionales.<sup>988</sup>”

Sobre la importancia de la *cooperación* MORAL DE LA ROSA reconoce que “no cabe duda que una respuesta individual de cada Estado al fenómeno delincencial creciente, y me refiero en concreto a la delincuencia organizada en general y al fenómeno terrorista en particular como parte de especial de aquella, no lograría ningún resultado, solo a través de la cooperación de los diferentes Estados en una lucha armónica contra estos problemas que son comunes a todos se podría conseguir algún efecto<sup>989</sup>”.

Un aspecto muy importante de esta estrategia es la prevención. La Unión Europea reconoce que una de sus prioridades en el ámbito de la lucha contra el

---

<sup>988</sup> Esta estrategia fue publicada por Naciones Unidas y es accesible en: <http://www.un.org/es/terrorism/strategy-counter-terrorism.shtml>

<sup>989</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op. cit., pág. 253 y ss.

terrorismo es identificar y combatir los factores que contribuyen a la radicalización y los procesos por los cuales se captan personas para cometer actos terroristas. Fue con este fin que el Consejo aprobó la Estrategia de la UE para luchar contra la radicalización y la captación de terroristas, y a la luz de la evolución de las tendencias, como los fenómenos de los terroristas solitarios o los combatientes extranjeros, o el creciente potencial de las redes sociales para la movilización y la comunicación, el Consejo aprobó una revisión de esta estrategia en junio de 2014. Después, en diciembre de 2014, los ministros de Justicia y Asuntos de Interior de los países miembros adoptaron una serie de orientaciones respecto de la Estrategia revisada de la UE para luchar contra la radicalización y la captación de terroristas. Estas orientaciones establecen una serie de medidas que han de aplicar la UE y los Estados europeos.

Por otro lado, la Unión Europea defiende como segunda prioridad de la Estrategia de lucha contra el terrorismo la protección de los ciudadanos y las infraestructuras, así como la reducción de la vulnerabilidad a los atentados. Esto incluye la protección de las fronteras exteriores, la mejora de la seguridad de los transportes, la protección de los objetivos estratégicos y la reducción de la vulnerabilidad de las infraestructuras clave. Este trabajo se muestra en el campo policial, con medidas para reducir la capacidad de planificación, financiación y organización de los terroristas y para ponerlos a disposición de la justicia. Con objeto de lograr estos objetivos se nota que la Unión Europea viene centrando esfuerzos para reforzar las capacidades nacionales, mejorar la cooperación práctica y el intercambio de información entre autoridades policiales y judiciales (en particular a través de Europol y Eurojust), y muy especialmente luchar contra la financiación del terrorismo y privar a los terroristas de los medios de los que se sirven para organizar atentados. La nueva Directiva nº 2015/849, de mayo de 2015, emitida por el Consejo y el Parlamento Europeo es un ejemplo de este tipo de normas destinadas a prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Además, la Estrategia de la UE de lucha contra el terrorismo busca gestionar y minimizar las consecuencias de atentados terroristas. Para ello tiene como objetivo mejorar la capacidad de gestionar las consecuencias, la coordinación de la respuesta y las necesidades de las víctimas (las prioridades en este ámbito incluyen el desarrollo del Dispositivo Integrado de Respuesta Política de la UE a las Crisis, la revisión del

mecanismo de protección civil, el desarrollo de evaluaciones de riesgos o la puesta en común de buenas prácticas en la asistencia a las víctimas del terrorismo).

Entre las prioridades de los últimos años cabe citar las siguientes: a) la definición de las modalidades para la aplicación de la cláusula de solidaridad por la UE, mediante una Decisión del Consejo adoptada en junio de 2014; b) la revisión del Dispositivo de coordinación en caso de crisis en la UE, sustituido por el Dispositivo Integrado de Respuesta Política de la UE a las Crisis (DIRPC) en junio de 2013; c) la revisión de la legislación de la UE en materia de protección civil a finales de 2013; d) la cooperación internacional;

En este sentido MORAL DE LA ROSA explica que “lo que podemos afirmar que se ha comprobado, tras los brutales atentados terroristas, por un lado, que se trata de una amenaza latente y que no existe país que este a salvo de ellos y por otro, que sólo una respuesta coordinada a nivel internacional tanto en materia de prevención como de represión respecto de este fenómeno puede reducir la amenaza que representa. El terrorismo ha adquirido una nueva naturaleza y forma de expresión y por tanto ha de tener una respuesta en ese sentido y coordinada a todos los niveles. Ya nadie puede pensar que España está amenazada sólo por grupos independentistas como ETA sino que es un punto de mira del fundamentalismo islámico, bien, por su propia tradición histórica, ya que no podemos olvidar que el peso del Islam fue fundamental en nuestras raíces culturales, lingüísticas, religiosas; o bien por el papel que le toca jugar como parte integrante de la evolutiva Comunidad Internacional”.<sup>990</sup>

Por consiguiente, es posible afirmar que la lucha contra la financiación del terrorismo pasa por el combate del propio terrorismo, y necesita estar basada en la *cooperación internacional*. Quizás por este motivo seas tan importantes los esfuerzos desarrollados por organismos como *Europol*<sup>991</sup> y *Eurojust* en el sentido de estrechar los enlaces entre los que trabajan directamente en la investigación y procesamiento de los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Estas actividades se completan con las positivas relaciones que la Unión Europea tiene con otras

---

<sup>990</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 254.

<sup>991</sup> Así establece el artículo 88 del Tratado de la Unión Europea: “La función de Europol es apoyar y reforzar la actuación de las autoridades policiales y de los demás servicios con funciones coercitivas de los Estados miembros, así como su colaboración mutua en la prevención de la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros, del terrorismo y de las formas de delincuencia que lesionen un interés común que sea objeto de una política de la Unión, así como en la lucha en contra de ellos.”

organizaciones internacionales y regionales para generar consensos internacionales y promover normas internacionales en la lucha contra el terrorismo (por ejemplo las Naciones Unidas, el Foro Mundial contra el Terrorismo, así como organizaciones regionales como OEA, la Liga de los Estados Árabes y la Organización de Cooperación Islámica). Esta estrategia tiene su cumbre en medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Otro pilar normativo del bloque europeo es el Tratado de la Unión Europea, documento donde se encuentran las líneas generales de la geopolítica que impera en Europa. En este documento se pueden destacar las metas trazadas para consolidar la *cooperación* entre los Estados miembros en la lucha antiterrorista previstas en el artículo 222 del tratado<sup>992</sup>, y las *medidas* del artículo 75 en el campo de las respuestas coordinadas<sup>993</sup>.

Además de tales instrumentos, en 13 de junio de 2002 se ha aprobado la *Decisión Marco sobre la lucha contra el terrorismo*. Conforme explica el propio Consejo de la Unión Europea esta Decisión Marco (2002/475/JAI) y la Decisión que la modifica (2008/919/JAI) conminan a los países de la Unión Europea a acercar sus

---

<sup>992</sup> Dice el artículo 222: “1. La Unión y sus Estados miembros actuarán conjuntamente con espíritu de solidaridad si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano. La Unión movilizará todos los instrumentos de que disponga, incluidos los medios militares puestos a su disposición por los Estados miembros, para: a) prevenir la amenaza terrorista en el territorio de los Estados miembros; proteger a las instituciones democráticas y a la población civil de posibles ataques terroristas; prestar asistencia a un Estado miembro en el territorio de éste, a petición de sus autoridades políticas, en caso de ataque terrorista; b) prestar asistencia a un Estado miembro en el territorio de éste, a petición de sus autoridades políticas, en caso de catástrofe natural o de origen humano. 2. Si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano, a petición de sus autoridades políticas los demás Estados miembros le prestarán asistencia. Con este fin, los Estados miembros se coordinarán en el seno del Consejo. 3. Las modalidades de aplicación por la Unión de la presente cláusula de solidaridad serán definidas mediante decisión adoptada por el Consejo, a propuesta conjunta de la Comisión y del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Cuando dicha decisión tenga repercusiones en el ámbito de la defensa, el Consejo se pronunciará de conformidad con el apartado 1 del artículo 31 del Tratado de la Unión Europea. Se informará al Parlamento Europeo. A efectos del presente apartado, y sin perjuicio del artículo 240, el Consejo estará asistido por el Comité Político y de Seguridad, con el apoyo de las estructuras creadas en el marco de la política común de seguridad y defensa, y por el comité contemplado en el artículo 71, que le presentarán, en su caso, dictámenes conjuntos. 4. Para asegurar la eficacia de la actuación de la Unión y de sus Estados miembros, el Consejo Europeo evaluará de forma periódica las amenazas a que se enfrenta la Unión”.

<sup>993</sup> Así: “Cuando sea necesario para lograr los objetivos enunciados en el artículo 67, en lo que se refiere a la prevención y lucha contra el terrorismo y las actividades con él relacionadas, el Parlamento Europeo y el Consejo definirán mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, un marco de medidas administrativas sobre movimiento de capitales y pagos, tales como la inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios económicos cuya propiedad, posesión o tenencia ostenten personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales. El Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, medidas para aplicar el marco mencionado en el párrafo primero. Los actos contemplados en el presente artículo incluirán las disposiciones necesarias en materia de garantías jurídicas.”

legislaciones e introducen unas penas mínimas en relación con los delitos de terrorismo. En esencia, los documentos definen los delitos de terrorismo, así como los delitos relativos a grupos terroristas o ligados a actividades terroristas y establecen las disposiciones para su transposición en los países de la UE en los siguientes términos: a) la noción de delito de terrorismo como una combinación de *elementos objetivos* (asesinato, lesiones corporales, toma de rehenes, extorsión, comisión de atentados, amenaza de cometer cualquiera de los hechos anteriores, etc.), y *elementos subjetivos* (actos cometidos con el objetivo de intimidar gravemente a una población, desestabilizar o destruir las estructuras de un país o una organización internacional u obligar a los poderes públicos a abstenerse de realizar un acto); b) "grupo terrorista" como toda organización estructurada de dos o más personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo.

El documento también afirma que los países de la Unión Europea deberán: a) tipificar como delitos ligados a actividades terroristas los actos preparatorios (algunos ejemplos son la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, la captación y el adiestramiento de terroristas y el hurto, la extorsión o la falsificación con el fin de cometer un delito de terrorismo); b) tipificar como delitos la inducción o la complicidad para cometer un delito, así como la tentativa de cometer determinados tipos de delitos; c) establecer responsabilidad penal para las personas jurídicas y fijar normas y umbrales mínimos de penas y sanciones; d) establecer su competencia respecto de los delitos de terrorismo cuando se hayan cometido en su territorio o a bordo de un buque o aeronave que enarbole su pabellón; e) establecer su competencia si el autor del delito es uno de sus nacionales o residente en él, si el delito se ha cometido por cuenta de una persona jurídica establecida en su territorio o si el delito se ha cometido contra sus instituciones o ciudadanos, o contra una institución de la Unión Europea que tenga su sede en ese país; f) establecer su competencia cuando denieguen la entrega o extradición de una persona sospechosa o condenada por un delito de terrorismo; g) colaborar con otros países de la UE para decidir cuál de ellos asume la competencia cuando hay varios países implicados en un determinado caso; h) adoptar medidas para garantizar una adecuada asistencia a la familia de las víctimas. Estas reglas permiten diseñar una noción más aproximada de la política-criminal europea en materia de terrorismo y su financiación.



Estas normas fueron reforzadas por la *Directiva 2005/60/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, la cual fue suplantada por la nueva *Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, publicada el día 5 de junio de 2015*, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo<sup>994</sup>.

Como bien explica DE LA CUESTA ARZAMENDI “la Decisión Marco de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo incluye obviamente la financiación en su definición de terrorismo, “de carácter heterodoxo” y “bastante más amplia” que la del Convenio de 1999. La financiación se encuentra colocada entre los hechos “relativos a un grupo terrorista” que los Estados miembros deben tipificar como delitos (art. 2): participar intencionalmente “en las actividades de un grupo terrorista (...) mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista”. Además, entre los “delitos ligados a las actividades terroristas” se incluyen (art. 3): a) el hurto o robo con agravantes cometido con el fin de llevar a cabo cualesquiera de los actos de terrorismo; b) el chantaje con el fin de proceder a alguna de las actividades de terrorismo; c) el libramiento de documentos administrativos falsos, con el fin de llevar a cabo cualesquiera actos enumerados en las letras a) a h) del apartado 1 del artículo 1 y en la letra b) del apartado 2 del artículo 2. Estos hechos han de castigarse —con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan dar lugar a extradición (art. 5)— tanto respecto de sus autores como en los supuestos de inducción o complicidad y, los recogidos en el artículo 3, incluso si se quedan en el estadio de tentativa (art. 4). En particular, los delitos relativos a un grupo terrorista deberán recibir “penas privativas de libertad, de las cuales la pena máxima no podrá ser inferior a quince años para los delitos mencionados en la letra a) del apartado 2 del artículo 2 y ocho años para los delitos mencionados en la letra b) del apartado 2 del artículo 2”. Aún más, “en la

---

<sup>994</sup> El texto mantiene la estrategia trazada hace más de dos décadas por la Directiva 91/308/CEE de 10 de junio de 1991 destinada a la prevención de la utilización del sistema financiero de la Unión para el blanqueo de capitales, y amplía sus objetivos al incluir en este contexto la lucha contra la financiación del terrorismo, tema que también había sido tratado en la anterior Directiva 2005/60/CE. También guarda relación con la política establecida por la *Decisión Marco 2002/475/JAI*, de 13 de junio, *sobre la lucha contra el terrorismo*, y afianza principios consagrados en el *Convenio internacional para la financiación del terrorismo* de 1999<sup>994</sup>. El nuevo texto nace con aspiraciones preventivas de gran envergadura, por lo que es inevitable cierta polémica acerca de los casi setenta temas que regula y de los muchos compromisos que genera, especialmente en el campo de la progresiva ampliación de respuestas de carácter penal por parte de los Estados miembros.

medida en que los delitos enumerados en la letra a) del apartado 2 del artículo 2 se refieran únicamente al acto contemplado en la letra i) del apartado 1 del artículo 1, la pena máxima contemplada no podrá ser inferior a ocho años”. En todo caso, se autoriza a la previsión de medidas de reducción de la pena en supuestos de disociación y colaboración con las autoridades, y la Decisión alude igualmente a la responsabilidad de las personas jurídicas (arts. 8 y 9) y a la protección y asistencia a las víctimas (art. 10). La Decisión marco siguió a la Recomendación del Consejo de 9 de diciembre de 1999 sobre la cooperación en materia de lucha contra la financiación del terrorismo y a dos Posiciones comunes del Consejo de la Unión Europea: la Posición Común 2001/930/PESC, relativa a la lucha contra el terrorismo y la Posición Común 2001/931/PESC, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, esta última ha sido actualizada por la Posición Común 2004/309/PESC del Consejo de 30 de abril de 2004, la cual incluye una lista de personas, grupos y entidades<sup>995</sup>.

### **2.3. Normativa Interamericana**

Dentro del marco de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), destaca la “Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia Internacional”, adoptada en Washington el 2 de febrero de 1971 y sobre todo la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en Bidgetown (Barbados) el 3 de junio de 2002 y que entró en vigor el 10 de julio de 2003.

### **3. Las Recomendaciones del GAFI y la evaluación de España ante este organismo.**

El GAFI (Grupo de Acción Financiera también conocido por FAFT (*Financial Action Task Force*))<sup>996</sup> ha sido creado con el objetivo de formular estándares internacionales en materia de blanqueo de dinero y, posteriormente, también sobre la financiación del terrorismo. Como hemos tenido ocasión de describir en el Capítulo 1

---

<sup>995</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 113.

<sup>996</sup> El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es un organismo inter-gubernamental cuyo propósito es el desarrollo y la promoción de políticas, en los niveles nacional e internacional, para combatir el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo. Actualmente cuenta con 36 miembros plenos -34 jurisdicciones y dos organizaciones internacionales-, 8 miembros asociados -grupos regionales estilo GAFI-, y 25 miembros observadores, constituidos principalmente por organizaciones internacionales con competencias directas o indirectas en la materia. Se puede encontrar en la web del GAFI una lista de miembros y observadores: [http://www.fatf-gafi.org/Members\\_en.htm](http://www.fatf-gafi.org/Members_en.htm).

de esta tesis, existe alto grado de consenso en la doctrina en admitir que tanto el blanqueo de capitales como la financiación del terrorismo son fenómenos lesivos que merecen atención. La última evaluación del sistema preventivo español en esta materia, realizada por el GAFI<sup>997</sup> ha destacado que el país está expuesto a riesgos representados por la circulación ilícita de capitales y por transacciones financieras relacionadas con el terrorismo<sup>998</sup>.

Después de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, el GAFI decidió incluir la financiación del terrorismo como una meta prioritaria a ser combatida por el sistema financiero mundial. Entonces el GAFI adoptó un nuevo conjunto de 9 Recomendaciones Especiales sobre la financiación del terrorismo y de los actos terroristas<sup>999</sup>.

Conforme describe MORAL DE ROSA, el GAFI, como organismo intergubernamental encargado de la adopción de medidas a nivel interno e internacional para prevenir y castigar el lavado de dinero y la financiación del terrorismo, en sus 40 recomendaciones iniciales y las 8 introducidas a partir de los atentados de New York,

---

<sup>997</sup> FATF (2014) – Medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo – España, Informe sobre la Cuarta Ronda de Evaluación Mutua. Este informe está disponible en la página web del GAFI: [www.fatf-gafi.org/topics/mutualevaluations/documents/mer-spain-2014.html](http://www.fatf-gafi.org/topics/mutualevaluations/documents/mer-spain-2014.html).

<sup>998</sup> En el apartado “5.9)” de del Informe GAFI 2014 se destaca la actual situación del sistema preventivo español: “España ha revisado casi todos los elementos del sistema preventivo para la PBC/FT desde la última evaluación de 2006. El elemento fundamental del sistema es la Ley de PBC/FT, que establece el alcance de las obligaciones en materia de PBC/FT, las obligaciones fundamentales de diligencia debida, otras medidas preventivas, la comunicación por indicio, y la supervisión de estas obligaciones. La Ley fue modificada en diciembre de 2013 con el fin de incluir requisitos adicionales (que reflejan los cambios introducidos en las Normas del GAFI en 2012). La Ley se complementa con el Real Decreto 304/2014 que se aprobó y entró en vigor el 6 de mayo de 2014 (es decir, durante la visita in situ). Este Real Decreto especifica más detalladamente varias obligaciones y aborda algunos elementos de las Normas del GAFI que todavía no se habían incorporado a la legislación española. Las leyes y la normativa españolas se basaban originalmente en la tercera Directiva de la UE sobre blanqueo de capitales y las actualizaciones desde 2010 han seguido muy de cerca las Recomendaciones del GAFI y las notas interpretativas. En consecuencia, existe un alto grado de uniformidad entre el sistema preventivo de España y las Normas del GAFI. En conjunto, España muestra un buen grado de cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida y de conservación de documentos, las medidas adicionales para las personas con responsabilidad pública, relaciones de corresponsalía bancaria, gestoras de transferencias, etc. España aplica a los sujetos obligados no financieros las mismas medidas preventivas que a las entidades financieras (con algunas escasas excepciones y adaptaciones), de forma que el grado de cumplimiento técnico también es elevado, en general, en el caso de los sujetos obligados no financieros. 5.11. Existe un área en la que las leyes y la normativa aplicables en España no se han actualizado: las transferencias electrónicas siguen rigiéndose por el Reglamento de la UE sobre transferencias electrónicas de 2006, que no ha sido actualizado todavía para reflejar los cambios introducidos en las Recomendaciones del GAFI en 2012. Esto significa que España presenta deficiencias significativas en relación con la información sobre los beneficiarios de las transferencias electrónicas y con las obligaciones de las entidades financieras intermediarias.”

<sup>999</sup> Tanto el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica - GAFISUD como el Grupo de Acción Financiera del Caribe – GAFIC han incorporado en América tales Recomendaciones, además de las anteriores 40 Recomendaciones inaugurales del GAFI.

señala que lo primero que deberá hacerse es buscar los orígenes de los fondos que financian las actividades terroristas. Este autor recuerda que el GAFI tras los atentados de New York, en su reunión de 31 de octubre de 2001, aunque amplió las 40 recomendaciones con otras 8 no incluyó un concepto de terrorismo o de las actividades terroristas, estableciendo el marco básico para prevenir y suprimir la financiación del terrorismo y los actos terroristas. Las ocho recomendaciones especiales tratan de lo siguiente<sup>1000</sup>:

- I. - ratificación y aplicación del Convenio sobre la financiación del terrorismo de 1999 y aplicación de las resoluciones de Naciones Unidas relativas a la financiación del terrorismo
- II. - penalización de la financiación del terrorismo, los actos terroristas y las organizaciones terroristas y la inclusión de esos delitos como delitos determinantes
- III. - el embargo y confiscación de fondos pertenecientes a terroristas
- IV- - la comunicación de transacciones sospechosas que comprendan actos de terrorismo o participación de organizaciones terroristas
- V- - la cooperación internacional en relación con la aplicación de las leyes civiles y penales, y las investigaciones administrativas, las consultas y actuaciones relativas a la financiación del terrorismo, actos de terrorismo y organizaciones terroristas
- VI- - el control de los sistemas de remisión de fondos
- VII- - el fortalecimiento del requisito relativo a la información sobre el remitente para las transferencias por giro
- VIII- - los controles para prevenir el uso indebido de organizaciones sin fines de lucro para la financiación del terrorismo.

Sobre el sentido dado por estas Recomendaciones MORAL DE LA ROSA afirma que “las cinco primeras coinciden en gran parte con las disposiciones del Convenio sobre financiación del terrorismo de 1999 y de la resolución 1373 (2001) del Consejo, mientras que las tres últimas abarcan nuevos temas relativos a la relación de sistemas de remisión de fondos, la información sobre giros bancarios y el control de las

---

<sup>1000</sup> Así lo describe en Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 257.

organizaciones sin ánimo de lucro que pudieran financiar el terrorismo. No podemos olvidar que dichas recomendaciones se incluyen tras lo atentados del 11-S, y el Grupo Especial de Expertos Financieros sobre blanqueo de capitales no pierde la oportunidad de incluir esas recomendaciones aplicables tanto al blanqueo como a la financiación del terrorismo con el fin de cortar la fuente de sostenimiento económico de los grupos terroristas como única forma de combatir eficazmente el terrorismo, pero no incluyen, al escapar de su propia competencia y contenido el concepto de terrorismo. Según este Organismo, dos son las vías para financiar el terrorismo: 1. - El apoyo financiero de Estados o instituciones con una infraestructura lo suficientemente grande como para reunir fondos y ponerlos a disposición de la organización terrorista, que ha caído en desuso; 2. - la búsqueda de otras fuentes de ingresos que pueden ser legítima como ilegítimas. Entre las primeras estarían las aportaciones voluntarias de fondos. En España tenemos importantes ejemplos de las mismas, tanto en el denominado terrorismo de ETA como de los grupos terroristas de corte internacional.”<sup>1001</sup>

Por su importancia gráfica, y por ajustarse perfectamente al tema, mencionamos en seguida cada una de las Recomendaciones:

“En reconocimiento de la importancia vital que tiene la realización de acciones para combatir la financiación del terrorismo, el GAFI ha acordado la adopción de estas Recomendaciones que, en combinación con las Cuarenta Recomendaciones del GAFI sobre el blanqueo de capitales, establecen el marco básico para prevenir y suprimir la financiación del terrorismo y de los actos terroristas.

#### I. Ratificación y ejecución de los instrumentos de las Naciones Unidas.

Cada país debe tomar inmediatamente los pasos necesarios para ratificar e implementar plenamente la Convención Internacional de las Naciones Unidas para la Supresión de la Financiación del Terrorismo de 1999. Así mismo, los países deben implementar de inmediato las resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión de la financiación de actos terroristas, particularmente la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

#### II. Tipificación de la financiación del terrorismo y el blanqueo asociado. Cada país debe tipificar como delito la financiación del terrorismo, de los actos terroristas y de las

---

<sup>1001</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 258.

organizaciones terroristas. Los países deberán asegurarse que tales delitos se establezcan como delitos previos del de lavado de activos.

III. Congelamiento y decomiso de activos terroristas. Cada país deberá implementar medidas para congelar sin dilación los fondos u otros activos de los terroristas, de aquellos que financien el terrorismo y de las organizaciones terroristas, de acuerdo con las resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión de la financiación de los actos terroristas. Cada país también deberá adoptar e implementar las medidas, incluidas las legislativas, que permitan a las autoridades competentes la incautación, el embargo y el decomiso de la propiedad que procede, se utiliza o se intenta utilizar o destinar a la financiación de terrorismo, los actos terroristas o las organizaciones terroristas.

IV. Informe de transacciones sospechosas relativas al terrorismo.

Si las instituciones financieras u otros negocios o entidades sujetas a las obligaciones de control del lavado de activos, sospechan o tienen indicios razonables para sospechar que existen fondos vinculados o relacionados con o que pueden ser utilizados para el terrorismo, los actos terroristas o por organizaciones terroristas, se les debe obligar a que informen rápidamente de sus sospechas a las autoridades competentes.

V. Cooperación internacional.

Cada país deberá proporcionar a otro país, sobre la base de un tratado, acuerdo o mecanismo de asistencia mutua legal o intercambio de información, el máximo grado posible de asistencia en conexión con investigaciones, informes y procedimientos criminales, civiles y administrativos relativos a la financiación del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas. Además, los países deberían tomar todas las medidas posibles para asegurar que se denegará el refugio a los individuos acusados de financiar el terrorismo, y deben contar con procedimientos vigentes para extraditar, cuando sea posible, a tales individuos.

VI. Sistemas alternativos de envíos de fondos.

Los países deberán tomar todas las medidas posibles para asegurar que las personas físicas y jurídicas, incluyendo los agentes que brindan servicios de transmisión de dinero o títulos valores, incluyendo las transferencias a través de redes o sistemas

informales, deban estar autorizadas o registradas y sujetas a todas las Recomendaciones del GAFI aplicables a los bancos y a las instituciones financieras no bancarias. Cada país deberá asegurar que a las personas físicas o jurídicas que realicen este servicio ilegalmente se les impongan sanciones administrativas, civiles o penales.

#### VII. Transferencias por cable.

Los países deben tomar medidas para exigir a las instituciones financieras, incluyendo a las que se dedican al giro de dinero o títulos valores, que incluyan información adecuada y significativa sobre el ordenante (nombre, domicilio y número de cuenta) en las transferencias de fondos y mensajes relativos a las mismas; dicha información debe permanecer con la transferencia o mensaje relativo a ella a través de la cadena de pago. Los países deben tomar medidas para asegurar que las instituciones financieras, incluyendo a las que se dedican al giro de dinero o títulos valores, realicen un examen detallado y vigilen las transferencias de fondos de actividades sospechosas que no contengan toda la información acerca del ordenante (nombre, domicilio y número de cuenta).

#### VIII. Organizaciones sin fines de lucro.

Los países deben revisar la adecuación de leyes y reglamentos, referidas a entidades que pueden ser utilizadas indebidamente para la financiación del terrorismo. Las organizaciones sin fines de lucro son particularmente vulnerables y los países deben asegurar que las mismas no sean utilizadas ilegalmente:

- (i) por organizaciones terroristas que aparezcan como entidades legales;
- (ii) para explotar entidades legales como conducto para la financiación del terrorismo, incluyendo el propósito de evitar las medidas de congelamiento de activos y
- (iii) para esconder y ocultar el desvío clandestino de fondos destinados a propósitos legales hacia organizaciones terroristas.

#### IX. Correos en efectivo

Los países deben tener medidas para detectar el transporte físico de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador, incluyendo un sistema de declaración u otra obligación de revelación. Los países deben asegurarse que sus autoridades

competentes tienen la atribución legal para detener o retener dinero en efectivo o instrumentos negociables al portador que se sospeche estén relacionados con el financiamiento del terrorismo o el lavado de activos o que son falsamente declarados o revelados. Los países deben asegurarse que estén disponibles sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas para ser aplicadas a las personas que realizan una falsa declaración o revelación. En aquellos casos que el dinero en efectivo o los instrumentos negociables al portador estén relacionados con el financiamiento del terrorismo y el lavado de activos, deben adoptar medidas, incluyendo las legislativas, consistentes con la Recomendación 3 y la Recomendación Especial III, que habilitarían el decomiso de dicho dinero en efectivo o instrumentos”.

Este es el conjunto de medidas que el GAFI indica a los Estados para que planifiquen sus acciones en el campo de la lucha contra el terrorismo y su financiación.

#### **4. Contexto legislativo y estado de la cuestión en España: el nuevo delito previsto en el art. 576 del Código Penal.**

##### **4.1. Evolución legislativa y situación actual del tema.**

La financiación del terrorismo se venía castigando en el Código Penal Español a través del tipo genérico de colaboración con organizaciones terroristas o banda armada tradicionalmente incluido en el art. 576 CP 1995 que ha tenido una vida agitada y fue objeto de una profusa jurisprudencia.

Sobre la evolución inicial de la represión de la financiación del terrorismo MORAL DE ROSA recuerda que “en España la financiación del terrorismo tiene respuesta por la vía del artículo 576 del Código Penal como un acto de colaboración con banda armada, grupo o elemento terrorista, dando cabida a las aportaciones de carácter



económico que se realizan a favor de los grupos terroristas o para los que sirven al mismo.”<sup>1002</sup>

Un muy conocido pronunciamiento del TC español en el que ahora no podemos detenernos fue el detonante de una de sus reformas. Se trataba de un tipo genérico que se corresponde con el vigente art. 577 donde se intentaban recoger con carácter exhaustivo todas las conductas de colaboración, contribución o cooperación con organizaciones o grupos terroristas. Los verbos típicos se trataron de perfilar y concretar con motivo del referido pronunciamiento constitucional. La cooperación, ayuda o mediación económica se contemplaba expresamente entre las conductas sancionadas.

Junto a ese precepto también existía un delito específico (art. 574) que sancionaba los atentados contra el patrimonio cuando tuviesen por objeto aportar fondos para bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas con el fin de favorecer sus

---

<sup>1002</sup> MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 274. Sobre la *jurisprudencia* que se ha producido en esta época este autor destaca en síntesis: a) STS 2.2.93: Son conductas incardinables dentro de dicha figura delictiva “recabar de otro colaboración para la liberación de un preso perteneciente a la organización realiza el tipo del art. 174 bis a) CP, porque la libertad de los componentes de la organización armada, es obvio, sirve directamente al mantenimiento de la misma, en la medida en la que es condición de la existencia de ésta que sus integrantes tengan capacidad de actuación”; b) STS 22.12.95: “Documentalmente está probado que ambos entregaban parte del importe de los salarios que percibían para el sostenimiento económico de la organización terrorista ETA, con lo que prestaban ya en sí una notoria colaboración al logro de sus fines, sino, y sobre todo, porque consta acreditado, por sus propias manifestaciones, su pertenencia a la mencionada organización, de la que dicen se desligaron con posterioridad, lo que casa mal con las dichas aportaciones dinerarias y con sus trabajo y pernocta en la cooperativa SOKOA, en donde ETA desarrollaba sus actividades en el Sur de Francia, datos, todos, que sirvieron al Tribunal sentenciador, en uso del derecho que le confiere el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, para entender que tanto Z como G pertenecían a tal organización, en la que se encontraban integrados y que, por existir en las actuaciones, ser de signo incriminatorio y haberse incorporado a ellas en forma procesal correcta, destruyen el relatado principio dejándolo inane y sin valor ni eficacia alguna, lo que obliga a rechazar el motivo dada la falta de razón y de sentido con que se promueve”; c) STS de 29 de noviembre de 1997, en la que a los miembros de la Mesa Nacional de HB se les condenó por dicho delito, transcribo parte de la misma, así: “ambos preceptos, tanto el anterior art. 174 bis a) -aplicable al caso- como el vigente art. 576, sancionan actos de cooperación in genere que un *extraneus* aporta a la organización ilícita para, sin estar casualmente conectados a la producción de un resultado concreto, favorecer las actividades o los fines del grupo terrorista sin tomar en cuenta las normales consecuencias de las acciones *intuitu personae*. Para ellos describen un elenco de conductas, varias y heterogéneas, que convergen y ofrecen nota común, en cuanto que, merced a las mismas, se favorece el logro de los fines a través de la colaboración en la realización de actividades de elementos u organizaciones terroristas, sin integrar aquella colaboración actos propios y directos de cooperación que impliquen a sus autores en los delitos concretos llevados a término por los individuos o grupos citados. De ahí que el pfo. 2º de los citados preceptos se muestre abierto y ejemplificativo - no vago, impreciso- y termine con una fórmula comprensiva que, sólo desconectada de las precedentes descripciones, merecería tacha de inadmisibile indeterminación. El núcleo de la conducta típica del delito de colaboración con banda armada gira así en torno al concepto de colaboración para describir seguidamente y a título ejemplificador -con referencia al favorecimiento de los fines o actividades terroristas- una serie de actividades”; d) STS 2.2.93, en la que el Tribunal Supremo ha acuñado un concepto de financiación amplio al admitir como tal aquellas conductas que sirven al mantenimiento de la organización o la consecución de sus fines.

actividades. Se trataba en definitiva de una agravación de delitos comunes por su finalidad, que venía a concurrir con el delito de colaboración con banda armada. Esta regulación fue objeto de críticas unánimes desde la doctrina pues la agravación en unión al concurso de delitos suponía amparar un proscrito *bis in idem*. Era el producto de una reprobada inflación de tipos penales. En la reforma de 2015 ese tipo ha sido trasladado al art. 576 como veremos luego. En suma, la cooperación patrimonial o financiera con una organización terrorista se vino castigado durante muchos años a través de ese tipo abierto del antiguo 576 CP.

Posteriormente, la reforma de 2010 cambió los términos de la cuestión introduciéndose una previsión específica que en alguna medida (al menos en alguno de sus párrafos) resultaba redundante. A raíz de la citada reforma (LO 5/2010, de 22 de junio) se introdujo el *art. 576 bis* que disponía lo siguiente:

*“ 1. E que por cualquier medio, directa o indirectamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo o para hacerlos llegar a una organización o grupo terroristas, será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses.*

*Si los fondos llegaren a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará como coautoría o complicidad según los casos, siempre que le correspondiera una pena mayor.*

*2. El que estando específicamente sujeto por la ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado 1 será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en él.*

*5. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los delitos tipificados en este artículo se le impondrán las siguientes penas:*

- a) Multa de dos a cinco años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*

- *b) Multa de uno a tres años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.*

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.*

Por fin, y en la *actualidad*, la muy reciente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo que entró en vigor el pasado día 1 de julio ha retocado el precepto que recibe una nueva numeración: pasa a ser el vigente **art. 576** con variaciones escasas respecto de su inmediato antecedente. Reza literalmente así:

*1. Será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años y multa del triple al quíntuplo de su valor el que, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.*

*2. Si los bienes o valores se pusieran efectivamente a disposición del responsable del delito de terrorismo, se podrá imponer la pena superior en grado. Si llegaran a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará como coautoría o complicidad, según los casos.*

*3. En el caso de que la conducta a que se refiere el apartado 1 se hubiera llevado a cabo atentando contra el patrimonio, cometiendo extorsión, falsedad documental o mediante la comisión de cualquier otro delito, éstos se castigarán con la pena superior en grado a la que les corresponda, sin perjuicio de imponer además la que proceda conforme a los apartados anteriores.*

*4. El que estando específicamente sujeto por la ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado 1 será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en él.*

*5. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos tipificados en este artículo se le impondrán las siguientes penas:*

*a) Multa de dos a cinco años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*

*b) Multa de uno a tres años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en la letra anterior.*

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.*

Los *cambios* operados en esta última reforma como puede verse no son radicales, pero sí añaden aristas y amplían sustancialmente las conductas prohibidas.

Es fundamental apuntar las principales características de esta reforma, y señalar los aspectos más destacados que permiten conocer el sentido del delito de financiación del terrorismo en el actual sistema penal español.

Los *puntos centrales* se pueden enunciar así:

- a) Se amplían los verbos típicos en armonía con esa obsesión del legislador español de los últimos años de definir las conductas típicas mediante una secuencia encadenada y larga de conductas, a veces redundantes por tratarse de meros sinónimos. Revela una casi patológica fijación por evitar que quede fuera del tipo alguna acción, finalidad que a veces se evita mejor con una sintética pero meditada y atinada descripción que con ese encadenamiento de verbos no solo poco elegante, sino poco armónico con las exigencias de los principios de legalidad y de intervención mínima. Si el texto precedente hablaba de *proveer o recolectar fondos*, ahora se habla de *recabar, adquirir, poseer, utilizar, convertir, transmitir o realizar cualquier otra actividad* en enumeración que a la vista de la abierta cláusula final podía haberse reducido. Ahora en sintonía con el delito de blanqueo de capitales, cuya redacción parece haber tenido a la vista el legislador para reformular este precepto, las conductas se extienden desmesuradamente: la

simple posesión de esos fondos se convierte en delictiva. Adquiere así la versión culposa o imprudente de este delito un significado muy singular.

- b) El objeto material también es modificado. Del término *fondos* hemos pasado a *bienes o valores de cualquier clase*. Seguramente en este punto es comprensible la reforma. El vocablo fondos parece evocar metálico o dinero en efectivo. Pero en realidad gramaticalmente también abarca cualesquiera otros bienes. No era indispensable la variación, pero se puede entender.
- c) El tipo antes era muy simple e inteligible: se castigaba la provisión o acopio de fondos con la finalidad de que fuesen empleados en una actividad terrorista por un grupo de tal naturaleza, o con conocimiento de que ese será su destino. Ahora esa vertiente subjetiva o intencional persiste pero la amplitud de las conductas típicas combinadas con la previsión de una forma imprudente dotan de un enorme espacio a la tipicidad. Sin embargo si antes el destino de los fondos podía ser tanto financiar la comisión de un delito terrorista como financiar a la propia organización; ahora se limita a la financiación de una actividad delictiva. Subsiste la duda de si la mera remisión de los fondos a la organización terrorista colmaría la exigencia típica, por estimarse que estaríamos también en ese caso ante un delito terrorista: la cooperación con organización terrorista tipificada hoy en el art. 577 CP. Pensamos que no puede entenderse así. El art. 576 es especial frente a la tipicidad del art. 577. En este queda excluida la cooperación económica que no aparece entre las modalidades expresamente enumeradas a título ejemplificativo. Si no se mencionan colaboraciones económicas y éstas son contempladas en un tipo específico el principio de especialidad (art. 8.1 cp) invita a reservar para la ayuda económica el delito del art. 576, habiendo de suponerse que el delito del art. 577 no recoge las cooperaciones exclusivamente económicas. Sería por tanto absurdo (*la pescadilla que se muerde la cola* por decirlo de manera castiza y discúlpese la licencia) construir la tipicidad del art. 576 (un delito de los comprendidos en su título) por referencia a sí misma (el art. 576). Los fondos han de estar destinados a financiar cualquier delito de ese capítulo (Terrorismo) con exclusión justamente del propio art. 576. Esta delimitación -dicho sea de paso- entre el ámbito de los arts. 576 y 577 (este no es un mero precepto subsidiario respecto de aquél) tiene también importantes repercusiones en la medida en que la imprudencia penada en el art. 576.4 es más restringida que la introducida en el art.

577.3. Aquella es un delito especial: solo pueden cometerla los sujetos obligados en virtud de la legislación especial antiblanqueo. El delito del art. 577.3 es un delito común; cualquiera puede cometerlo. Por tanto, una contribución económica imprudente a la actividad de un grupo terrorista en mi opinión no podrá incardinarse en el art. 577.3. O encaja en el art. 576.4, o será impune, lo que además es correcto desde un punto de vista de la política criminal y del principio de intervención mínima. No será siempre fácil probar que el dinero o los bienes concretos recibidos han sido invertidos o destinados a actividades delictivas específicas y no genéricamente a los gastos de la organización terrorista. Puede tratarse de aportaciones para infraestructuras o para subsistencia de sus miembros, y quizás ahí puede encontrarse una forma de reconducir el precepto a términos más razonables expulsando de su ámbito algunas conductas, o también una grieta importante que puede abocar a la norma al fracaso. El carácter fungible del dinero además impide seguir su pista. En abstracto y con independencia de las endiabladas cuestiones probatorias que pueden surgir, ¿la entrega de dinero a la organización terrorista que ésta invierte en atender a las necesidades de subsistencia de sus jefes, o de algunos miembros, supone a la finalidad de utilizar esos fondos en alguno de los delitos previstos en el capítulo? Puede estar en juego la misma operatividad del precepto. Seguramente el legislador de 2015 no ha medido las consecuencias imprevisibles que podría llevar aparejada la supresión de la finalidad simple de hacer llegar los fondos a la organización terrorista sin vincularlos necesariamente a delitos específicos de los comprendidos en el capítulo.

- d) El precepto nuevo articula un subtipo agravado con pena superior en grado de aplicación facultativa en el caso de que los bienes o valores se pongan *efectivamente* a disposición del responsable del delito de terrorismo. Parece que de las dos fórmulas que describe *el tipo ordinario* –directa o indirectamente- la primera de ellas –directamente- resulta agravada. Habrá zonas de penumbra sobre el significado ha de darse al término efectivamente. Desde luego no ha de entenderse como entrega material o física: también el traspaso bancario es poner efectivamente a disposición. Pero si imaginamos otros métodos menos claros enseguida surgirán las dudas acerca de dónde empieza y acaba la efectiva disposición. Al final del itinerario proyectado siempre lógicamente habrá una

intencionalidad de que el grupo terrorista pueda disponer efectivamente de los fondos. Parece que solo el eslabón final de ese itinerario quedaría afectado por la agravación facultativa.

- e) Persiste la relación de subsidiariedad expresa. En la reforma anterior se combinaba tal relación con la alternatividad (art. 8 CP) con los delitos concretos de terrorismo, de forma que habría de castigarse por el delito que acarree mayor penalidad. De esa manera si esa contribución económica reúne los requisitos de una cooperación necesaria o no, habría que castigar por ésta salvo que la pena resultante sea inferior. El principio de proporcionalidad exigía una concepción estricta de lo que son actos terroristas. Por ejemplo, considero que el enaltecimiento (art. 578) no es en rigor un acto terrorista, y así lo ha expresado alguna jurisprudencia del TS (asunto Otegui con motivo de unas manifestaciones hechas en Francia). Sí que deben considerarse actos terroristas a estos efectos las actividades de captación, adiestramiento o adoctrinamiento que se recogen en el nuevo art. 577. En la versión vigente de la norma ha desaparecido el inciso *“siempre que correspondiera una pena mayor”*. Entiendo no obstante que la exégesis ha de ser idéntica: si el delito efectivamente cometido tiene pena menor no desplazará al delito del art. 576. Los recortes interpretativos han de subsistir también, aunque no conducen a soluciones muy satisfactorias: no tiene sentido que la financiación de un acto donde se prevé realizar acciones de enaltecimiento o justificación del terrorismo pero que finalmente no se llevan a cabo merezca la penalidad del art. 576.1 y sin embargo si el enaltecimiento efectivamente se lleva a cabo no sea punible. La remisión del art. 576 *a cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo* debiera haber sido objeto de cierta reflexión: algunas de las conductas revisten una gravedad muy relativa: arts. 578 o 579. No es proporcionada la sanción de la contribución económica a ellas, no constitutiva de cooperación que prevé el art. 576. No creo que la unión en un mismo párrafo del subtipo agravado con la cláusula concursal limite la vigencia de esta a los casos de contribución directa: es ilógica esa exégesis.
- f) El actual art. 576 agrupa en este tipo la conducta que antes era contemplada aisladamente en el art. 575, esto es, la comisión de delitos susceptibles de generar un enriquecimiento con la finalidad de aportar fondos para actividades terroristas. Si antes la agravación (pena superior en grado) se limitaba a los delitos contra el

patrimonio, ahora se extiende a cualquier otro delito, aunque se mencionan algunos ejemplificativamente (extorsión, falsedad, infracciones patrimoniales). La sanción será compatible con la condena por el art. 576.1 en lo que parece una exacerbación punitiva no acorde con la prohibición del *bis in idem*. Si ya la redacción anterior había suscitado críticas en esa dirección, en la actual esas críticas han de ser reiteradas, además con el añadido de que ahora casi resulta más obscena la disfunción también estéticamente al tratarse de un concurso de dos delitos que se encuentran en la misma norma: art. 576.1 más art. 576.3. La doble penalidad no es de recibo: hay una doble agravación generada por la misma circunstancia: la finalidad de contribuir a un delito terrorista mediante aportaciones económicas. No solo agrava la pena del delito cometido (pena superior en grado), sino que además da lugar a otra infracción con una penalidad no precisamente nimia.

- g) La pena pecuniaria que acompaña a la privativa de libertad ha experimentado también una modificación. En el anterior art. 576 bis era una multa por cuotas: entre dieciocho y veinticuatro meses. El legislador de 2015 la ha convertido en multa proporcional: del triple al quíntuplo del valor de los fondos o bienes. Es acumulable al comiso de los bienes. Recordemos la jurisprudencia nacida en materia de delitos contra la salud pública y que es bien conocida: si no consta el valor deberá prescindirse de la multa. No obstante la cuestión presenta unos perfiles diferentes a los de los delitos contra la salud pública en que hablamos del valor de bienes (art. 377 CP) sustraídos al libre comercio. La multa por definición no llevará aparejada responsabilidad personal subsidiaria (art. 53 CP).
- h) Los dos últimos párrafos del nuevo art. 576 reproducen literalmente lo que ya definía el anterior art. 576 bis.

Estas fueron las más significativas variaciones legales que el tema ha sufrido, y este es el actual estado de la cuestión penal en España.

#### **4.2. La necesidad de incorporación del delito al ordenamiento jurídico-penal español**

La doctrina penal no ha indicado que fuera absolutamente necesaria la incorporación del delito de financiación del terrorismo al ordenamiento jurídico-penal



español, ante la existencia de otras figuras penales ya previstas en el Código Penal que serían capaces de ofrecer una respuesta al problema.

Como señala DE LA CUESTA ARZAMENDI “dejando al margen los supuestos de financiación de concretos actos delictivos, en los que principalmente se fija el Convenio de 1999 y cuyo tratamiento por la vía de la participación (o, incluso, en casos excepcionales, de la coautoría) no plantea problemas, el amplio espectro de conductas abarcado por el art. 576 permite dar cabida, en general, a la financiación directa e indirecta del terrorismo. En este sentido, conviene recordar que el art. 2 de la Decisión Marco de 2002 obliga a tipificar como delito relativo a un grupo terrorista, “la participación en las actividades de éste (...) mediante cualquier forma de financiación de sus actividades”, si se comete intencionalmente y “con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista”. Por su parte, la Resolución 1373 (apdo. I b) impone el mismo deber de tipificación referido a “la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o

indirectamente de fondos (...) con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo”<sup>1003</sup>.

A su vez BLANCO CORDERO, al analizar la situación de España antes de la reforma que ha introducido el artículo 576 bis del Código penal, ha manifestado la opinión de que la regulación penal de la financiación del terrorismo en España no se acomodaba entonces por completo a las normas internacionales en la materia. Frente a los tipos penales que tradicionalmente estaban destinados a enfrentar el problema del terrorismo las exigencias punitivas internacionales son muy amplias, y requieren la sanción de comportamientos que difícilmente quedan abarcados en su totalidad por los tipos penales relacionados con la cooperación con banda armada u otros, y en ocasiones, para dar cumplimiento a los compromisos internacionales y sancionar determinadas conductas, será necesario incluso acudir a la complicidad y a los actos preparatorios de los delitos de terrorismo. Este autor recuerda que el GAFI ya había señalado en más de una ocasión que esta forma de proceder no cumplía con los requisitos que este organismo internacional había señalado en sus Recomendaciones. Este autor pondera

---

<sup>1003</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 116. Explica el mismo autor que “En principio, no parece que la provisión de fondos por parte de no integrantes de la organización pueda plantear problemas desde la perspectiva del art. 576. En cuanto a la conducta de recolección o recaudación, la característica de la misma es que no requiere para su incriminación la puesta de los bienes a disposición de la organización, de modo que, cuando no se proceda por la vía de algún ataque patrimonial incardinado en el art. 575, sólo podría ser constitutiva de tentativa de colaboración. El art. 576 ha sido, con todo, considerado por algunas sentencias incompatible con las formas imperfectas de ejecución, aun cuando no es ésta la línea seguida por la jurisprudencia más reciente que, como hemos visto, las entiende ya admisibles, algo que parece coherente con el hecho de que el art. 579.1, en línea con las exigencias internacionales, admita también la punibilidad de los actos preparatorios en este delito. Más problemática puede ser la cuestión de la incriminación delictiva específica de las conductas de financiación cometidas por los propios miembros de la organización, sujetos que no se encuentran excluidos de las figuras de financiación que internacionalmente se persigue tipificar, aun cuando obviamente no estamos ante comportamientos impunes, sino copenados en el marco de la figura delictiva constitutiva de la pertenencia a la organización o, específicamente, si se trata de los hechos del art. 575. En cuanto a los colaboradores habituales, a nuestro entender, en el art. 576 caben todos los colaboradores no integrados en la organización. Tampoco ha de resultar controvertida la cobertura por la legislación penal española de la mayor parte de los supuestos preparatorios de la financiación contemplados internacionalmente. Así, la de la conspiración, proposición y provocación a los delitos de los arts. 575 y 576 es clara y perfectamente en la línea de los compromisos internacionales, aunque pueda resultar criticable por el adelantamiento de las barreras penales y la extensión que supone del marco incriminatorio. Pero los textos internacionales contemplan igualmente modalidades de intervención que, a falta de un delito específico de financiación, no tienen fácil encauzamiento a través de las figuras de colaboración en vigor, incluso si completadas por las formas punibles del art. 579.1. Así, el entendimiento del art. 576 como un tipo penal autónomo de participación, que se resiste conceptualmente al castigo de las formas menores de participación (primordialmente, complicidad), por tratarse de una “participación en la participación”, se enfrenta a las disposiciones internacionales que requieren de manera expresa el castigo no sólo de la complicidad en el delito de financiación consumado (y en la tentativa de financiación del terrorismo), sino igualmente de la contribución a la comisión de uno o más delitos por un grupo de personas que actúe con un propósito común, en los supuestos que no sea constitutiva de coautoría”.

que “...una cosa es acomodar la legislación a los Convenios internacionales, y otra copiar sin más el contenido de estos, que parece ser la opción del legislador en el Anteproyecto de reforma del CP de 2008. Obviamente es difícil sustraerse a esta forma de proceder cuando existe un organismo como el GAFI que está llevando a cabo una importante labor de “armonización”, o quizás mejor de equiparación de las normas penales de los Estados. Es más, en la órbita de atajar la financiación del terrorismo con la misma estrategia seguida contra el blanqueo de capitales se alzan algunas voces que plantean que dicha estrategia, en principio preventiva, se traslade también al ámbito penal. Y entre las propuestas está la sanción penal incluso de la financiación imprudente del terrorismo, que vendría a ser la contrapartida del blanqueo imprudente. Estas propuestas van más allá de lo que exigen los Convenios internacionales, y desde luego creo que son innecesarias, pues a día de hoy la mayoría de los casos podrían canalizarse en España a través del castigo del blanqueo de capitales imprudente. Es necesario incorporar un delito que castigue específicamente la financiación del terrorismo, que cumpla con las obligaciones internacionales que vinculan a España. Pero es conveniente que se haga respetando nuestra tradición, muy antigua por sufrir el azote histórico de esta forma tan grave de delincuencia”<sup>1004</sup>.

Del mismo modo FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ afirma que “hasta el momento, salvo error u omisión propios, no ha habido ningún supuesto en el que la recolección de fondos con intención de destinarlos a una organización terrorista no haya podido ser castigada. Ello implica que, con independencia de que pretenda ampliarse los instrumentos con los que se cuenta y las penas a imponer en tales supuestos, puede encontrarse respuesta en nuestro texto punitivo a tales conductas. Esto es, puede hacerse frente con los instrumentos que contamos hasta el momento a estadios avanzados en la comisión de actos terroristas, siempre que tal conducta pueda ser vinculada procesalmente a la comisión de un concreto acto terrorista, o mejor aún (a efectos preventivos), al sometimiento de una organización de esta naturaleza, con lo que, técnicamente hablando, no resultaría necesario, en principio, modificación alguna en este sentido. Cuestión distinta es que por razones de política criminal quiera llevarse a cabo dichas reformas. Es de aplaudir que la fase preventiva frente al delito haya sacado del ámbito penal y se haya dejado en el ámbito administrativo, más acorde a dicha

---

<sup>1004</sup> Cfr, BLANCO CORDERO, I.: ¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español? En *Athena Intelligence Journal*. Vol. 4, nº 1, Enero-Marzo de 2009, págs. 35-68.

finalidad. Tal solución resulta ciertamente más ajustada a la consideración del Derecho Penal como ultima ratio de un Estado de Derecho”<sup>1005</sup>.

A su vez NUÑEZ CASTAÑO señala que “la realidad es que con la reforma de 2010 se ha procedido a introducir un nuevo delito de financiación del terrorismo, que planteará numerosos problemas. En este sentido, ya señalaba el Consejo General del Poder Judicial en su Informe de 26 de febrero de 2009, sobre el Anteproyecto de reforma del Código penal, que este precepto no podría entenderse como un intento de dotar de determinación a todo el ámbito típico de la ayuda económica, porque aunque, como veremos, es cierto que toda posible conducta que pueda incluirse en el art. 576 bis, ya está incluida en la expresa mención a la “colaboración económica” que realiza el art. 576, sin embargo, no ocurre lo mismo a la inversa, dado que hay numerosas posibilidades de colaboración económica distintas de la provisión o recolección de fondos. Por ello, continúa afirmando, parece que lo que se pretendía era dotar de determinación, esto es, definir el ámbito típico del concepto de “colaboración o ayuda económica”. Si esto es así, la fórmula técnico legislativo no era la adecuada y plantearía numerosos problemas interpretativos y concursales, tal como ha ocurrido.”<sup>1006</sup>

#### **4.3. Las características del tipo penal**

En España, el delito de financiación del terrorismo admite tanto la forma *dolosa* como *culposa*.

Comentando la financiación del terrorismo, antes de la aprobación del nuevo artículo 576 del actual Código penal español, MORAL DE LA ROSA afirmaba que “este punto entronca la circunstancia de que financiamiento del terrorismo como delito, requiere que sea castigado no solo cuando el hecho se ha cometido deliberadamente y la transferencia de fondos se utilice para cometer un acto terrorista o a sabiendas que se cometerá o tratará de cometerse. La lucha contra esta forma de delincuencia, requiere incluir aquellos casos en los que el autor previo, debió prever o pudo haber previsto que el acto terrorista o el sustento del grupo terrorista se produciría como consecuencia del suministro o transferencia de fondos. Indudablemente con ello, sería necesaria la

---

<sup>1005</sup> Cfr. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: Prevención y represión de la financiación del terrorismo en Estados Unidos y España: un análisis comparado. En AAVV, Financiación del Terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico. Valencia, 2009, pág. 160.

<sup>1006</sup> Cfr. NUÑEZ CASTAÑO, E.: Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas (Sobre el sentido de las reformas penales en materia de terrorismo)., Valencia, 2013, págs. 256 y ss.

configuración del delito de financiación del terrorismo *tanto en forma dolosa como culposa*, dando entrada a figuras intencionales intermedias como la obtención o envío de fondos a un grupo terrorista efectuada teniendo dudas o sospechas, pero aceptando la consecuencia, de que su origen pudiera ser un grupo o acto terrorista (dolo eventual)<sup>1007</sup>. Quizás en este punto esté uno de los más difíciles temas que la doctrina penal tiene que enfrentar en esta materia. No tanto por las formas comisivas dolosas sino por la previsión de una forma *culposa*, imprudente, descrita en la segunda parte del tipo penal.

*En un primer plano* hay que decir que el delito de financiación del terrorismo del nuevo art. 576 es básicamente un delito *doloso*, libre, y que puede ser cometido por cualquier tipo de sujeto<sup>1008</sup>.

Es un tipo común, con amplísima gama de conductas subsumibles a la norma penal dada la variedad de verbos típicos que presenta, y representa de cierta manera una anticipación de la tutela penal. Sobre este aspecto NUÑEZ CASTAÑO esgrime la

---

<sup>1007</sup> MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 274.

<sup>1008</sup> Comentando el art. 576 bis del Código Penal NUÑEZ CASTAÑO subraya que “Por lo que se refiere a la modalidad dolosa, la conducta típica recogida en el art. 576 bis, n° 1 consiste en proveer o recolectar fondos, por cualquier medio o procedimiento, directa o indirectamente. En este punto, el precepto sigue literalmente la definición que, de este delito, se recoge en el art. 2 del Convenio de Naciones Unidas para la represión de la Financiación del terrorismo, de 9 de diciembre de 1999. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, “proveer” tiene, entre otros significados, el de “suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin”; es decir, se castigan conductas que consisten en suministrar, entregar o proporcionar fondos a la organización terrorista, implicando una transferencia de bienes de forma que queden a disposición de la organización terrorista. Así descrita y como se verá más adelante, la conducta se integra plenamente en la ayuda o cooperación de carácter económico, que prevé, incluso desde antes de la reforma, el n° 2 del art. 576 del Código penal, donde incluye, dentro de lo que debe entenderse por “acto de colaboración”, “cualquier otro acto equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género”. Resulta innegable, que suministrar o proveer fondos a las organizaciones terroristas, constituye un supuesto de cooperación o ayuda económica descrito. El segundo de los verbos típicos, “recolectar”, alude a los comportamientos de “recaudar” o “reunir fondos” para una utilización futura, con lo cual, parece que no será precisa una transferencia de fondos; consecuentemente, estos no se encuentran, todavía, a disposición de la organización terrorista. Se trata, como ya dijimos, de un adelantamiento de la intervención penal, convirtiendo en delito consumado castigado con la misma pena que la aportación efectiva de fondos, lo que no es sino un acto preparatorio, o todo lo más, una tentativa del delito. Pero, también, desde este planteamiento, si la “recolección de fondos” se produce mediante la comisión de delitos contra el patrimonio, el comportamiento, como veremos, ya estaba sancionado en el art. 575 del Código penal que tipifica la comisión de delitos contra el patrimonio, con la intención de allegar los fondos a la organización terrorista. Si los fondos vienen generados por vía distinta a la comisión de algún delito contra el patrimonio, y dado que la esencia del delito de colaboración con organización o grupo terrorista del art. 576 del Código penal consiste en poner a disposición de la misma medios económicos, no veo inconveniente alguno para que el comportamiento que consista en la recolección de fondos y su puesta a disposición de la organización terrorista, sea castigado por la vía del art. 576 del Código penal. Si la organización terrorista todavía no los tiene a su disposición, pero los fondos han sido recaudados con este objetivo, el comportamiento puede ser calificado como tentativa del art. 576”. Cfr. NUÑEZ CASTAÑO, E.: Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas, op. cit., pág. 259-260.

siguiente crítica: “resulta evidente la intensificación, punitiva principalmente, que se ha producido en este ámbito, pero también resalta el adelantamiento de las barreras de punición que atentan contra los principios básicos de un Estado de Derecho, castigando comportamientos que se encuentran muy alejados de una potencial lesión del bien jurídico. Con ello, el legislador ignora, nuevamente, por completo la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 136/1999 (caso Mesa Nacional de Herri Batasuna), que advertía sobre la inconstitucionalidad de una tipificación sin límite e indiscriminada<sup>1009</sup>”.

El tipo está basado en estructuras de comportamiento que utilizan expresiones como “el que por cualquier medio”, “directa” o “indirectamente”, “recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad”, bienes o valores. Estas conductas, aparte de su imprecisión, son amplísimas (nada es más amplio que decir “por cualquier medio”...) y merecen una severa crítica al analizarlas conforme al principio de taxatividad de la norma penal.

Por otro lado, el tipo enmarca su característica dolosa al decir que autor practica la conducta “con la intención” (de que se utilicen) o “a sabiendas” (de que serán utilizados) sea en todo o en parte para cometer atentados o financiar la organización terrorista.

Además, el tipo penal también aparentemente consagra en su artículo 576 nº 4, una *forma imprudente* y este punto merece especial atención bajo nuestro punto de vista. En efecto, el art. 576.4 -y su precedente inmediato, art. 576 bis.2-, conforma un delito singular. El Código Penal lo concibe como una modalidad imprudente. No es del todo claro que sea así. En todo caso es la primera modalidad aparentemente imprudente en materia de delitos de terrorismo que apareció en el CP español. Desde el 1 de julio de 2015 no es la única porque a su lado ha aparecido la cooperación por imprudencia grave con actividades terroristas del art. 577.3 CP. Como hemos dicho ya entendemos que la contribución de tipo financiero con actividades terroristas en forma imprudente, o bien encaja en el art. 576.4, o de lo contrario no resultará típica. No es de todas formas esta aseveración totalmente cierta. Caben otras interpretaciones que vendrían favorecidas por una comparación de las penas. La contribución económica por imprudencia a la

---

<sup>1009</sup> Cfr. NUÑEZ CASTAÑO, E.: Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas, op.cit., pág. 260.

actividad terrorista no agotaría sus posibilidades típicas en el art. 576.4, sino que podría también encuadrarse en el art. 577.3

Recordemos los perfiles típicos:

*4. El que estando específicamente sujeto por la ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado 1 será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en él.*

La lectura de esta norma suscita los siguientes comentarios:

- a) Es un delito especial en la medida en que solo puede ser sujeto activo la persona que está obligada por ley a adoptar determinadas conductas. La ley a que remite el precepto es la Ley 10/2010 de Prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación de Terrorismo. Hay que acudir a su articulado para descubrir quiénes están obligados y en qué condiciones. Las personas expresamente referenciadas en la mencionada Ley incluyen un importante número de sujetos como son a modo de ejemplo, las entidades de crédito, las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida, las empresas de servicios de inversión, las entidades gestoras de fondos de pensiones, las entidades de pago, las personas que ejerzan profesionalmente actividades de cambio de moneda, los servicios postales, los promotores inmobiliarios, asesores fiscales, notarios y registradores de la propiedad, abogados, procuradores, personas que comercian profesionalmente con joyas, piedras, metales preciosos, objetos de arte, etc.
- b) Cuando la persona obligada es una persona jurídica la persona física que actúa por cuenta de aquella podrá ser castigada en virtud de la técnica de las actuaciones en nombre de otro (art. 31 CP) lo que no excluirá la punición concurrente de la persona jurídica al ser este uno de los delitos en que específicamente (art. 576.5) se afirma la responsabilidad penal de personas jurídicas conforme a lo establecido en el art. 31 bis. Es no de los contados casos en el CP español (junto al blanqueo de capitales y el delito ecológico) en que la persona jurídica respondería por una conducta imprudente. La condición de

delito especial la ha recordado recientemente la jurisprudencia que opone este precepto al blanqueo común imprudente del art. 301. La STS 506/2015 de 27 de julio (Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón) dice a este respecto:

*“La aplicación del blanqueo imprudente plantea la cuestión adicional de su naturaleza de delito especial o común.*

*Para quienes defienden la primera tesis, los particulares no podrían ser sujetos activos de esta modalidad delictiva, pues no puede imponerse a todas las personas un específico deber de cuidado acerca de los delitos que hayan podido cometer los terceros, por lo que el delito imprudente solo podría ser cometido por las personas y entidades a las que la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales, impone unos específicos deberes de vigilancia. Pero esta interpretación conlleva la consecuencia perversa o contraproducente de derivar al dolo eventual supuestos de blanqueos imprudentes cometidos por ciudadanos comunes, como el ahora enjuiciado.*

*El art 301 3º no hace referencia alguna al sujeto activo, por lo que ha de aceptarse que configura un subtipo que puede cometer cualquiera. Los tipos dolosos a los que se remite el imprudente son tipos comunes, por lo que sin diferenciación expresa del Legislador no parece congruente configurar específicamente la modalidad imprudente como delito especial.*

*Asimismo, en el art 576 4º, LO 2/2015, de 30 de marzo, referido a la financiación del terrorismo, antes 576 bis, 2º (LO 5/2010, de 22 de junio), y para castigar la modalidad imprudente, se hace expresa referencia a las personas específicamente sujetas por la ley para colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo, por lo que ha de concluirse, como señala la mejor doctrina, que cuando el Legislador quiere limitar el castigo imprudente a los sujetos específicamente mencionados en la LO 10/2010, lo hace expresamente.*

*Y desde una perspectiva de la protección del bien jurídico, parece claro que todas las personas que omitan en el ámbito del blanqueo de capitales **los más elementales deberes de cuidado** (pues debe recordarse que solamente se sanciona la imprudencia grave) colaborando con ello al encubrimiento del origen ilícito de unos bienes o a ayudar a los responsables de un delito a eludir las consecuencias legales de sus actos,*



vulneran el bien jurídico protegido. Y, en el caso actual, debe reiterarse lo expresado con suma claridad en el ATS 790/2009, de 2 de diciembre, que acoge la posición del delito común: “Cualquier persona de un nivel intelectual medio es sabedora...de que para realizar una transferencia no es preciso valerse de la cuenta de un tercero, lo que hubo de despertar sus sospechas”.

Por todo ello ha de concluirse que el delito de blanqueo imprudente es un delito común”.

c) Esa misma STS antes ha expresado en qué debe entenderse que consiste la imprudencia: en no conocer la finalidad de los fondos: “Si en el blanqueo común imprudente la negligencia consiste en no averiguar el origine de los fondos, paralelamente aquí la imprudencia consistiría en ignorar, pudiéndolo haber averiguado, el destino de esos fondos de financiación del terrorismo. El art 301 3º contiene una penalización expresa del blanqueo imprudente. Es cierto que el castigo del blanqueo imprudente no constituye una prioridad en el ámbito internacional. Pero tampoco se excluye pues se incorpora, por ejemplo, en el art 6º del Convenio de Estrasburgo, de 1990, en el ámbito del Consejo de Europa, y en el Reglamento Modelo sobre delitos de Lavado de Activos, de la Organización de Estados Americanos (OEA), de 1992. En nuestro ordenamiento tiene una cierta solera, pues se incorporó al Código Penal hace más de dos décadas por la Ley Orgánica 8/1992, para las ganancias derivadas del narcotráfico, y son estas líneas básicas las que se trasladaron en 1995 con carácter general al art 301 3º.

Partiendo del respeto a este marco legal, inexcusable, ha de estimarse que actúa imprudentemente quien ignora el origen ilícito de los bienes por haber incumplido el deber objetivo de cuidado que impone el art 301 3º. En efecto, es ampliamente mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la conclusión de que la imprudencia no recae sobre la conducta en sí misma, sino sobre el conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes (SSTS 286/2015, de 19 de mayo; 412/2014 de 20 de mayo; 1257/2009, de 2 de diciembre; 1025/2009, de 22 de octubre; 16/2009, de 27 de enero; 960/2008, de 26 de diciembre y 103472005, de 14 de septiembre, entre otras). Este criterio es congruente con el hecho de que en esta modalidad imprudente, la pena no se eleva aunque los bienes procedan de delitos de tráfico de estupefacientes,

*corrupción o contra la ordenación del territorio, lo que indica que la imprudencia no recae sobre la conducta, sino sobre el conocimiento de la procedencia.*

*La doctrina jurisprudencial acepta sin reservas la aplicación del dolo eventual en los delitos de blanqueo (SSTS: 286/2015, de 19 de mayo; 801/2010, de 23 de septiembre; 483/2017, de 4 de junio; 457/2007, de 29 de mayo; 390/2007, de 26 de abril; 289/2006, de 15 de marzo; 202/2006, de 2 de marzo; 1070/2003, de 22 de julio; 2545/2001, de 4 de enero, etc.).*

*En los supuestos de dolo eventual se incluyen los casos en que el sujeto no tiene conocimiento concreto y preciso de la procedencia ilícita de los bienes, pero sí es consciente de la alta probabilidad de su origen delictivo, y actúa pese a ello por serle indiferente dicha procedencia (willful blindness), realizando actos idóneos para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero. En la imprudencia se incluyen los supuestos en los que el agente actúa sin conocer la procedencia ilícita de los bienes, pero por las circunstancias del caso se encontraba en condiciones de sospechar fácilmente la ilícita procedencia y de evitar la conducta blanqueadora sólo con haber observado la más elemental cautela, es decir sus deberes de cuidado.*

*En la STS 412/2014 de 20 de mayo se dice respecto del delito de blanqueo por imprudencia "... el principio de legalidad, evidentemente, obliga a considerar la comisión imprudente del delito. La imprudencia se exige que sea grave, es decir, temeraria. Así en el tipo subjetivo se sustituye el elemento intelectual del conocimiento, por el subjetivo de la imprudencia grave, imprudencia, que por ello recae precisamente sobre aquél elemento intelectual. **En este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles** y los que, incluso, en ciertas formas de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos, cuando su procedencia no estuviere claramente establecida. **Es claro que la imprudencia recae, no sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados, de tal modo que debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos, adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así***

*objetivamente la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliar para los autores del delito de que aquéllos procedan"*

d) Pero nótese que bien miradas las cosas la fórmula del legislador no ha sido muy atinada. Se entiende lo que quiere decirse pero no se ha acertado a expresar. El legislador quiere *castigar a la persona* obligada por la legislación especial que incumpla *dolosamente* sus obligaciones, y con esa conducta dé lugar de manera *imprudente* a que no se detecten conductas de acopio o posesión de fondos para actividades terroristas. La imprudencia –que ha de ser grave- parece que debiera referirse al conocimiento de esa finalidad del movimiento económico, y no al incumplimiento de las obligaciones administrativamente fijadas. Ese incumplimiento podrá ser intencionado o negligente. Es más, si es negligente posiblemente no podrá hablarse de imprudencia grave respecto del conocimiento de la finalidad terrorista. Me explico: la obligación de identificar o de reportar o de informar que regula la legislación especial podrá ser conscientemente violada y estaremos ante un supuesto que podrá ser típico conforme a esta norma si eso impide detectar o abortar una operación económica que alimenta financieramente una actividad terrorista. Pero ese incumplimiento no es imprudente, sino doloso. La imprudencia ha de predicarse de la actividad de financiación y no del incumplimiento de las obligaciones administrativas. La redacción del precepto es susceptible de indudables mejoras. No obstante se capta lo que exige el precepto:

- i. Que las obligaciones de la legislación especial no hayan sido fielmente cumplidas.
- ii. Que precisamente por ello se haya producido una operación económica de financiación del terrorismo en cualquier a de las forma descritas en el art. 576 bis 1
- iii. Que en relación a ese resultado (ii) pueda hablarse de grave imprudencia: un mínimo de diligencia debiera haber llevado a pensar que podía tratarse de una operación sospechosa.

- e) La obligación ha de venir impuesta por una legislación especial. Según es conocido y conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo a esos efectos incriminatorios (otra cosa sería a efectos destipificadores: pensemos en una normativa europea que obligase a relatar esas obligaciones) no basta una Directiva. Es necesaria su efectiva implementación en la legislación interna. Mientras tanto el tipo penal en blanco no puede ser cubierto con la norma comunitaria. Se pueden esgrimir críticas desde otro ángulo al modelo imprudente adoptado por el legislador español. Partiendo del principio de que estamos delante de un delito especial, propio e imprudente, que solo puede ser practicado por ciertas personas identificadas y definidas “por la ley”, parece al menos cuestionable la posibilidad de que la nueva Directiva 849 de 2015 pueda servir de base para encajar bajo la norma penal a personas o profesionales sujetos a obligaciones que en caso de incumplimiento puedan remitir a un comportamiento típico en términos penales. Conforme hemos tenido ocasión de describir con detalle en el Capítulo 1 de esta tesis, la nueva Directiva 849 de 2015 amplía el listado de sujetos obligados y el campo de exigencia y vigilancia por parte de las personas que actúan en el mercado financiero. Esta ampliación no se ha transpuesto todavía al Derecho interno español (pues existe un plazo de dos años para ello) de tal forma que sería bastante cuestionable la utilización de este específico instrumento internacional para justificar la inclusión de sujetos obligados en los términos que propone la norma penal descrita en el artículo 576 del Código penal. Creo que esta cuestión merece seria y profunda reflexión, y pienso que no sería caso de excluir la existencia en el futuro de una norma específica que venga a aclarar, con base en la nueva Directiva 849 de 2015, quienes son exactamente los sujetos a norma penal. Esta cautela es necesaria en base al respeto a los principios de taxatividad, legalidad y estricta tipicidad, históricamente consagrados por el Derecho penal español.
- f) Finalmente en lo que respecta a exigencia de *responsabilidad de la persona jurídica* no realizo ninguna observación específica fuera de las comunes a toda la temática de la responsabilidad penal de personas jurídicas surge en relación a la previsión del art. 576 bis .5:

5. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos tipificados en este artículo se le impondrán las siguientes penas:

- *a) Multa de dos a cinco años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*
- *b) Multa de uno a tres años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en la letra anterior.*

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*

Estas son las principales características de este delito.

Antes de concluir este análisis, una última observación: no se niega la importancia de los *delitos imprudentes* o basados en deberes de vigilancia para el combate de delitos como el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. En verdad, pienso que es perfectamente comprensible que el legislador, siguiendo el modelo impuesto por la política criminal supranacional e internacional sobre la materia, adelante la barrera de protección de la norma penal para alcanzar comportamientos culposos o que puedan exponer a riesgos el bien jurídico protegido. En efecto, ante los tajantes términos y determinaciones de la nueva la nueva Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo<sup>1010</sup>, es prácticamente imposible imaginar el sistema penal sin la previsión de figuras culposas basadas en el incumplimiento de deberes por parte de sujetos obligados. Siendo así, no se niega que la admisión del tipo imprudente suponga una herramienta importante y necesaria bajo determinadas circunstancias, especialmente cuando se advierte la escasa eficacia de los tipos dolosos en términos de resultados concretos y condenas efectivas.

*No obstante*, creo que esta vía de respuesta - tanto en el ámbito de la Directiva como en el campo penal – conlleva muchos problemas y cuestionamientos, principalmente en el ámbito probatorio, de la definición del aspecto subjetivo, y en lo que se refiere al establecimiento de *deberes de vigilancia y de garantía*, y afecta

---

<sup>1010</sup> Por la que se modifica el Reglamento n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva n° 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva n° 2006/70/CE de la Comisión.

derechos fundamentales. Pienso que esta estrategia merecería antes una mayor reflexión y necesita ser manejada con extrema cautela, pues puede implicar un desgaste de derechos y garantías individuales. Así, la relativización del secreto profesional, el sacrificio del derecho a no autoinculparse, la afección a la presunción de inocencia, a la no asunción de riesgos más allá de lo razonable (o la creación de un sistema basado en obligaciones de vigilancia que deben ser ejercidas por un particular bajo supervisión del Estado) trasladan al individuo deberes que son en realidad del propio poder estatal en cuanto detentador del *ius puniendi*, atributo que conlleva deberes públicos - y no privados - de persecución penal. En otras palabras, el delito imprudente basado en pesadas y muy amplias obligaciones de vigilancia y garantía transfiere al individuo obligaciones de fiscalización que son en realidad una tarea del Estado, que se limita cómodamente al cumplimiento de tareas de seguimiento bajo la amenaza penal en caso de incumplimiento estricto de sus metas y objetivos.

#### **4.4. Materia extrapenal.**

En lo que se refiere a la *materia extrapenal*, DE LA CUESTA ARZAMENDI menciona que “con objeto de dar cauce en el derecho interno a lo exigido por la normativa internacional, se promulgó en España la *Ley 12/2003, de 21 de mayo de 2003*, para la prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, que establece un conjunto de obligaciones y deberes específicos dirigidos a asegurar una mayor prevención y bloqueo de las actividades de financiación del terrorismo. Dejando al margen las insuficiencias y problemas del sistema internacionalmente establecido, la cuestión que aquí más nos interesa es fundamentalmente si de este conjunto de obligaciones pueden derivar posiciones de garantías con trascendencia de cara a la exigencia de una posible responsabilidad penal. Partiendo de la experiencia en la lucha contra el blanqueo de capitales (*Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales*) e igualmente en el terreno del control de cambios (*Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre régimen jurídico de control de cambios*), la Ley se coloca una perspectiva preventiva y de evitación de los supuestos de financiación, sin entrar en la regulación penal del fenómeno, permitiendo el bloqueo y examen de las operaciones —transacciones, movimientos de capital, cobros, pagos, transferencias— más susceptibles de servir a la financiación del terrorismo, dando cauce

a las recomendaciones del GAFI y creando la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo (art. 9)”<sup>1011</sup>

Sobre el tema MORAL DE LA ROSA recuerda que en la lucha antiterrorista “precisan de mecanismos de prevención como representa la Ley 12/2003 de 22 de mayo de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, que busca lograr la identificación, bloqueo y comiso de los activos financieros antes de que puedan llegar al grupo terrorista o cometerse la acción. Dicha ley tiene carácter administrativo, la Comisión que crea tiene carácter multidisciplinar, y su finalidad es colaborar con los

---

<sup>1011</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 120. Este mismo autor describe que “de forma muy cercana al concepto procesal de embargo, aunque impuesto aquí administrativamente, el art. 1.2 define por “bloqueo”: la prohibición de realizar cualquier movimiento, transferencia, alteración, utilización o transacción de capitales o activos financieros que dé o pueda dar lugar a un cambio de volumen, importe, localización, propiedad, posesión, naturaleza o destino de dichos capitales o activos, o de cualquier otro cambio que pudiera facilitar su utilización, incluida la gestión de una cartera de valores”, posibilidad a la que se añade la prohibición “de apertura de cuentas en entidades financieras o sus sucursales que operen en España en las que aparezcan como titulares, autorizados para operar o representantes, las personas o entidades” vinculadas a grupos u organizaciones terroristas. Estas se encuentran delimitadas en el art. 7, que, en una línea mucho más amplia de lo que se considera grupo u organización terrorista a efectos penales y sin necesidad de intervención judicial alguna, dispone que la Comisión —“un órgano administrativo” — “podrá considerar vinculadas a un grupo u organización terrorista a las siguientes personas o entidades: a) Aquéllas cuya vinculación con un grupo u organización terrorista haya sido reconocida en una resolución judicial, en una disposición o resolución adoptadas por el órgano competente de la Unión Europea o de cualquier organización internacional de la que España sea parte; b) Las que actúen como administradores de hecho o de derecho o en nombre, interés, por cuenta o representación legal o voluntaria de la organización o de cualquier persona o entidad integrada o controlada por un grupo terrorista; c) Aquellas entidades en cuyo órgano de gestión o administración o en cuyo capital o dotación participen, con influencia significativa, otras personas o entidades integradas o controladas por una organización terrorista; d) Las que constituyan una unidad de decisión con un grupo u organización terrorista, bien porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, bien porque dicho control corresponda a una o varias personas o entidades que actúen sistemáticamente o en concierto con el grupo u organización; e) Las personas y entidades creadas o interpuestas por una organización terrorista con la finalidad de ocultar la verdadera identidad de los ordenantes o beneficiarios de una transacción económica o de las partes en cualquier negocio o contrato; f) Las que, no estando incluidas en ninguno de los párrafos anteriores, coadyuven o favorezcan económicamente a una organización terrorista; g) Las personas o entidades respecto de las cuales, a la vista de las personas que las rigen o administran, o de cualesquiera otras circunstancias, se considere que constituyen materialmente una continuación o sucesión en la actividad de cualquier persona o entidad prevista en los párrafos anteriores, todo ello con independencia de la forma o título jurídico utilizados para dicha continuación o sucesión.” (así se refiere la Ley 12/2003). Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 120.

órganos judiciales y el Ministerio Fiscal, como órganos encargados de la persecución, castigo y prevención de estos hechos”<sup>1012</sup>.

## 5. El bien jurídico protegido en el delito de financiación del terrorismo

Sobre el bien jurídico protegido pienso que la financiación del terrorismo comparte *el mismo interés que los delitos relacionados al terrorismo* buscan proteger. Cuando se busca combatir la financiación de conductas que favorecen económicamente las organizaciones terroristas se están protegiendo en última instancia los mismos bienes jurídicos afectados por las acciones que el terrorismo desarrolla. En definitiva, pienso que el *delito de financiación del terrorismo* tiene como objeto *el mismo bien jurídico que el delito de terrorismo*<sup>1013</sup>.

---

<sup>1012</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 262-263. Este autor así explica el contenido de la importante Ley 12/2003: “A nivel nacional, la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, cuya Exposición de Motivos se refiere al terrorismo diciendo que “constituye una de las mayores agresiones a la paz, a la seguridad y a la estabilidad de las sociedades democráticas. Sucesos como los trágicos atentados del 11 de septiembre de 2001 no han hechos sino evidenciar que ningún ciudadano, ninguna institución, ni ningún Estado se encuentran al margen de esta amenaza”. Siendo “un aspecto básico para la prevención de actos terroristas el cierre de los flujos financieros de que se nutren las organizaciones completar nuestro ordenamiento jurídico como medidas eficaces en el ámbito de la prevención de esta forma de delincuencia, dentro del respeto a los principios que informan nuestro Estado democrático y de derecho”. Todo lo cual se ha visto aún más acrecentado tras la indeseable e inesperada acción terrorista del 11 de marzo de 2004 en Madrid consecuencia del terrorismo fundamentalista islámico. La finalidad de dicha ley se contraerá a la posibilidad de bloquear cualquier tipo, forma o posición de flujo financiero o económico para impedir que dichos fondos o bienes puedan llegar a disposición de los terroristas con lo que sufragar nuevas acciones y el mantenimiento de sus grupos. En dicha ley se contemplan toda una serie de medidas destinadas a tal fin, que van desde el bloqueo de transacciones y movimientos de capitales y prohibición de apertura de cuentas en entidades financieras hasta la posibilidad de bloquear saldos, cuentas o posiciones existentes en cualquier entidad financiera, cajas de seguridad, etc... pero siempre sometidas al control judicial como forma de garantizar el escrupuloso respeto de los derechos constitucionales de sus interesados e imponiendo estrictas obligaciones a cuantas entidades o instituciones, públicas o privadas manejen bienes o fondos de cualquier tipo susceptibles de ser o estar bajo sospechas de provenir o servir a los fines de los referidos grupos terroristas o armados e incluso respecto de personas y entidades vinculadas a esos grupos u organizaciones. Obligaciones, que van desde impedir cualquier acto u operación que suponga disposición de saldos y posiciones de cualquier tipo, dinero, valores, y demás instrumentos vinculados a movimientos de capitales u operaciones de pago o transferencia bloqueados, hasta la de comunicar a la Comisión de Vigilancia de cualquier ingreso que se pueda realizar a la cuenta bloqueada, examinar operaciones sospechosas, comunicarlas a la autoridad competente, establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y comunicación como prevención, (artículo 4 de la Ley. 12/2003)”. Así, el mismo autor, en “Financiación del terrorismo...”, op.cit., pág. 263.

<sup>1013</sup> Sobre el *bien jurídico protegido por el delito de terrorismo* estoy de acuerdo con la opinión de Mariona Llobet: “*el bien jurídico atacado por el terrorismo en los estados democráticos es triple: en primer lugar, el bien jurídico concreto protegido por cada delito común, esto es, la vida, integridad física, libertad, etc.; en segundo lugar, la paz pública en su acepción de estado colectivo de tranquilidad y sosiego por la propia vida; y, por último, las vías democráticas de toma de decisiones políticas, es decir, el poder del pueblo como único legitimado para decidir sobre el contenido de las leyes y de las políticas públicas, desde un plano simbólico.*” Así: Llobet Angli, M., en su amplísima monografía: Terrorismo y “guerra” contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático. Madrid, 2010. pág. 40.



Es posible llegar a esta conclusión ante el detallado análisis que hicimos del bien jurídico del delito de blanqueo de capitales en el Capítulo IIº de esta tesis, lo que pone en evidencia que el terrorismo y su financiación son delitos que tienen muy distinta naturaleza y buscan defender bienes jurídicos muy diferentes que los intereses que se buscan proteger con el delito de blanqueo de capitales, que además es un delito socioeconómico.

De esta manera, reafirmo la crítica acerca del tratamiento en conjunto de la financiación con el blanqueo de capitales, sin mucho criterio de distinción. Esta confluencia de tratamiento se nota tanto en las ya referidas normativas internacionales (los Convenios, Convenciones, Tratados, Directivas, etc.) como en la legislación interna de los países, que transpone esta política-criminal a nivel interno.

Estoy de pleno acuerdo con FERRÉ OLIVÉ y suscribo su postura como mi pensamiento acerca de este tema: “sin embargo, esta tendencia se dirige a confundir financiación del terrorismo y blanqueo de capitales, otorgando a ambas similar tratamiento jurídico. Esta solución es evidentemente poco afortunada, pues extiende la tutela reforzada que se ejercita en materia de prevención del terrorismo a los distintos supuestos de blanqueo de capitales.” Además, continua el autor, “el hecho de recoger o recaudar fondos (financiación) no es necesariamente equiparable a transformar fondos ilícitos en lícitos (blanqueo). Pueden existir conductas aparentemente afines por la identidad de las personas que las llevan a cabo, pero en todo caso son comportamientos claramente diferenciados. Recuérdese que la financiación del terrorismo puede provenir de fondos lícitos. El auténtico problema surge cuando se establecen medidas excepcionales para luchar contra la financiación del terrorismo –admisibles, siempre que se respeten las garantías fundamentales que resultan del Estado de Derecho-, y dichas medidas se aplican también para perseguir un fenómeno distinto, como es el blanqueo de capitales en todas sus manifestaciones. Esta tendencia político- criminal sólo puede comprenderse bajo el signo de un incremento desmedido y voraz de la represión por parte de los distintos gobiernos. Los Estados aprovechan como excusa la amenaza terrorista internacional para ejercitar labores de inteligencia y poder perseguir muchos otros delitos (como la corrupción internacional, el narcotráfico o incluso los fraudes fiscales) instrumentalizando en buena medida la figura del blanqueo de capitales. Toda la estrategia queda amparada por la excepcionalidad, que permite utilizar medios ilimitados al situarse dentro de la órbita de las actividades terroristas.”

Este razonamiento es oportuno pues existe una tendencia a mezclar las cosas, lo que no viene produciendo resultados muy en los últimos años.

El camino lo apunta Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ al afirmar que “considero que la equiparación que realizan las normas aquí analizadas entre financiación del terrorismo y blanqueo de capitales es el resultado de una evidente ausencia de competencias europeas en orden al fenómeno terrorista. El ejercicio del *ius puniendi* en Europa siempre ha supuesto un camino plagado de dificultades. Sin una Constitución europea el andamiaje penal comunitario es extremadamente frágil. Europa quiere –pero no puede- estructurar jurídicamente una estrategia político- criminal antiterrorista. Por ese motivo se recurre a la defensa de los mercados, a manifestaciones que declaran la necesidad de una actuación comunitaria en esta materia sobre la base de una “solidez, integridad y estabilidad de entidades financieras y de crédito europeas” (Considerando 2º). Esta estrategia pretende encontrar justificación en el Considerando 3º, diciendo que “Si no se adoptan medidas de coordinación en el ámbito comunitario, los blanqueadores de capitales y los financiadores del terrorismo podrían aprovechar la libre circulación de capitales y la libre prestación de servicios financieros que trae consigo un espacio financiero integrado para facilitar sus actividades delictivas.”<sup>1014</sup>

## **6. Problemas concursales: el delito de financiación del terrorismo frente a otros delitos**

Son innumerables los problemas concursales que el nuevo delito de financiación del terrorismo puede presentar frente a otras figuras penales.

Comentando con detalle los conflictos que existían antes de la aprobación del nuevo tipo penal MORAL DE LA ROSA alertaba que “se trata por tanto, de castigar el delito de financiación del terrorismo autónomamente y cualquiera que sea el grado de culpabilidad de los sujetos intervinientes, sin necesidad de vincularlo con un delito precedente, caso del blanqueo o con la comisión de un concreto acto terrorista, pudiendo incluso ser castigados los que se dediquen exclusivamente a estas actividades de financiamiento como integrantes en una asociación, grupo u organización terrorista conforme al art. 515 y 516 del Código Penal. En la actualidad dichas actividades encuentran cobijo por la vía del artículo 576 del Código Penal, como figura de

---

<sup>1014</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C.: Política criminal europea ... , op. cit., pág. 172.

colaboración con grupos terroristas”.<sup>1015</sup> Sobre este tema ha escrito largamente y con profundidad DE LA CUESTA ARZAMENDI<sup>1016</sup>.

## **7. Especial referencia sobre el delito de financiación del terrorismo frente al delito de blanqueo de capitales**

Como destaca DE LA CUESTA ARZAMENDI “la proximidad de los fenómenos de blanqueo y de la financiación del terrorismo y el hecho de que la legislación y los mecanismos inicialmente establecidos para la prevención y lucha contra el blanqueo hayan inspirado (o se hayan simplemente extendido a) la prevención de la financiación del terrorismo, no debe llevar a olvidar las importantes diferencias existente entre ambos. Dejando a un lado la cuestión de la importancia de las sumas normalmente involucradas en uno y otro caso (pequeñas en la financiación del terrorismo, grandes en el blanqueo), la financiación del terrorismo se presenta, en general, como el reverso de la moneda del blanqueo: si en éste estamos ante fondos procedentes de actividades delictivas que se quieren integrar en la circulación legal ordinaria, en la financiación del terrorismo los fondos (muchas veces de origen legal — donaciones voluntarias, cuotas de simpatizantes, resultado de la fabricación y venta de productos, etc.—, por lo que, de darse, el interés en ocultar su origen no tiene que ver con su originaria ilegalidad) se convierten en ilegales por el fin perseguido. La financiación del terrorismo tampoco precisa de manera indefectible de la integración de los fondos en los circuitos comerciales o financieros legales”<sup>1017</sup>.

MORAL DE ROSA recuerda que “no todos los fondos que financian el terrorismo proceden de actividades ilícitas, que necesiten ser blanqueados, muchos proceden de actividades-lícitas que no requieren ese lavado, lo que dificulta la labor de investigación. Pero a pesar de ello, las transferencias: de esos fondos, ya sea para blanquear o no, ha de ser vigilada ya que puede servir para financiar actos de terroristas o a los grupos terroristas. Esta, creemos, es la primera y sustancial dificultad, el que los terroristas normalmente operan con fondos cuyo origen o no es ilícito o ha sido aportado de manera clandestina, pero inicialmente (no necesitan ser blanqueados, ya

---

<sup>1015</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 259.

<sup>1016</sup> Véase DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Financiación del terrorismo..., op. cit. especialmente págs. 89-101.

<sup>1017</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Financiación del terrorismo..., op. cit. especialmente págs. 129/130.

que aparentemente no se dedican esas entidades de que proceden los fondos a actividades terroristas, ello hace que la labor de investigación sea más costosa).”<sup>1018</sup>.

Esta característica del delito de financiación del terrorismo le distingue del blanqueo de capitales y enmarca una de las principales diferencias entre ambos crimines: el blanqueo de capitales exige la procedencia *ilícita* de los bienes, en cuanto la financiación del terrorismo puede valerse de bienes *lícitos*.

Tanto el blanqueo de capitales como la financiación del terrorismo pueden utilizar métodos de acción semejantes y estrategias parecidas frente al circuito financiero para la consecución de sus fines. Como subraya MORAL DE LA ROSA “no puede olvidarse que los grupos terroristas utilizan importantes entramados societarios para conseguir importantes beneficios en materia de transferencia y lavado de capitales, y que no difieren de los utilizados en otros sectores de la delincuencia económica. Ello lleva a utilizar instrumentos de investigación propios de los utilizados para detectar las irregularidades que pudieran producirse en dichas actividades. Entre ellas, examen de los archivos de datos, criminalización de las operaciones de blanqueo, información obligatoria de transacciones sospechosas o de gran volumen, no utilización de los denominados paraísos fiscales, identificación de beneficiarios, identificación de las operaciones efectuadas, etc”.<sup>1019</sup>

En la doctrina penal española, creo que GONZÁLES CUSSAC y VIDALES RODRÍGUEZ han dado a esta materia una contribución fundamental al subrayar algunos aspectos esenciales para que se pueda comprender el problema de los aspectos comunicantes entre el blanqueo y la financiación del terrorismo.

Para estos autores, ambos delitos son conceptualmente muy diferentes con una incidencia también muy distinta. Sin embargo han enfatizado “en el estrecho vínculo existente entre ambas manifestaciones de la delincuencia, sobre todo a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre que, entre otras cosas, provocaron la aprobación de una legislación excepcional —la conocida como Ley Patriótica, de 24 de octubre de 2001— que, como afirma Salas, en su mayor parte contiene medidas dedicadas a combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo<sup>20</sup>. Y, en esa misma línea incide la ya citada Directiva europea de 2005 que, como es sabido,

---

<sup>1018</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 259.

<sup>1019</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 262.

centra sus esfuerzos en tratar de prevenir que el sistema financiero sea utilizado para blanquear capitales o para financiar el terrorismo. Si por blanqueo se entiende el proceso que consiste en dar una apariencia de legalidad a bienes ilícitamente obtenidos, no es difícil concluir que el blanqueo y la financiación del terrorismo pueden considerarse fenómenos opuestos. Así es por cuanto que mientras que el blanqueo siempre involucra bienes que en su origen son delictivos, en la financiación del terrorismo, la ilicitud de la conducta no radica en la procedencia de los bienes, sino en el destino que a éstos se les da. Sin embargo, en ambos casos, es prioritario el interés de que la fuente de la que los bienes proceden permanezca oculta, ya sea para encubrir el delito previamente cometido, ya sea para ocultar la actividad de financiación y, en consecuencia, la vinculación con el grupo terrorista. Quizás, eso explique el tratamiento conjunto que se le confiere a las medidas con las que se pretende prevenir tales fenómenos.”<sup>1020</sup>

Para estos autores, “habrá casos en los que ambas hipótesis puedan confluir. En efecto, así ocurrirá cuando los bienes procedentes de una actividad delictiva previa se destinen a financiar actos de terrorismo, tras haber sido sometidos a un proceso de blanqueo o lavado. Con independencia de la responsabilidad penal en la que se incurra por el delito del que los bienes traen causa —y que, de aprobarse la reforma del Código Penal que actualmente está tramitándose, vendría a sumarse a la que corresponde por el posterior acto de blanqueo—habrá que concluir que nos encontramos ante un concurso de infracciones. Distinta solución merecen aquellas hipótesis en las que los bienes procedentes de un delito sirven para la financiación del terrorismo sin pasar con carácter previo a través de dicho proceso de reciclaje. De ser así, en nuestra opinión, la concurrencia tendría lugar únicamente entre la infracción cometida y el nuevo delito de financiación.”<sup>1021</sup>

---

<sup>1020</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., y VIDALES RODRÍGUEZ, C.: El nuevo delito de financiación del terrorismo..., op. cit., pág. 194.

<sup>1021</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., y VIDALES RODRÍGUEZ, C.: El nuevo delito de financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 194.

Sin perder de vista la realidad, estos autores recuerdan que, en la práctica, y en cuanto a ETA se refiere, el panorama se complica extraordinariamente<sup>1022</sup>.

Otro punto expuesto por estos autores es la cuestión de determinar si, como se propone en la IIª Recomendación Especial sobre la financiación del terrorismo del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el delito de financiación del terrorismo debe servir de base a una posterior responsabilidad penal a título de blanqueo. Sobre este tema afirman “que la dicción literal del artículo 301 del Código Penal no sería impedimento alguno, al exigir como presupuesto la previa comisión de un delito, por tanto y, en principio, de cualquier delito. Sin embargo, en nuestra opinión, hay serias objeciones a esta posibilidad. En efecto, a tal conclusión parece oponerse la definición de blanqueo en la que, por su propia mecánica comisiva, no encuentra acomodo la provisión o recolección de fondos para respaldar económicamente acciones terroristas o a las organizaciones que a ellas se dedican. Una concepción estricta del blanqueo o lavado de capitales obligaría a excluir del ámbito de aplicación de este precepto aquellos casos en los que el enmascaramiento de los bienes no persigue su introducción en el flujo económico lícito. No se trata, desde luego, de una cuestión pacífica y en nada contribuye a una respuesta precisa la confusa redacción del artículo 301 del Código Penal que, una vez más, refleja el afán del legislador español por adoptar los compromisos internacionales con absoluto desdén a principios básicos de nuestro ordenamiento. Otra cosa es que los fondos allegados se mantengan en poder de quien ha llevado a cabo el comportamiento típico durante un determinado período de tiempo durante el que se realicen diversas operaciones financieras. Habrá que distinguir, entonces, la procedencia de los bienes involucrados y, de ser ésta delictiva, nada impedirá una eventual responsabilidad penal a título de blanqueo de darse —claro está— el resto de requisitos exigidos. Mayores reparos ofrece, sin embargo, llegar a idéntica solución respecto de bienes de origen lícito y ello porque, aunque moralmente resulte inadmisibles permitir que los terroristas puedan disponer de importantes cantidades de dinero y que, asimismo se sirvan del sistema financiero, no es fácil apreciar una afección en el orden socioeconómico que según un importante sector de la

---

<sup>1022</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., y VIDALES RODRÍGUEZ, C.: El nuevo delito de financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 194 donde afirman que “como se extrae del denominado plan de financiación Udaletxe, incautado en 1992, tras la detención de la cúpula de la banda terrorista en Bidart, se constata la existencia de un complejo entramado de sociedades que permiten entremezclar los beneficios lícitamente obtenidos con aquellos otros que proceden de la comisión de delitos, siendo prácticamente imposible deslindar los unos de los otros. Y, evidentemente, no es difícil imaginar que esta situación pueda reproducirse respecto de otras organizaciones terroristas”.

doctrina, es el objeto que se pretende tutelar; sin perjuicio, lógicamente, de que tales bienes puedan ser decomisados y más teniendo en cuenta la amplitud que a este instituto le confiere el Anteproyecto al que venimos refiriéndonos. En cambio, quienes han mantenido la naturaleza pluriofensiva de este delito y, de este modo, afirman que, junto al orden socioeconómico subyace la protección de la Administración de Justicia, tendrán menos obstáculos para apreciar la existencia de tal delito. Pero, tampoco esta opción está exenta de polémica por cuanto que, en este caso, habría que decidir si la conducta descrita, como acto de colaboración que es, no tendría mejor encaje en el artículo 576.”<sup>1023</sup>

Es necesario reafirmar que la confluencia entre ambas figuras delictivas abre espacio a problemas y situaciones difíciles. En este sentido recuerdo las observaciones de DE LA CUESTA ARZAMENDI cuando subraya que “la diferente dinámica comisiva hace que no siempre los mecanismos establecidos para la lucha contra el blanqueo sean igualmente eficaces en la prevención de la financiación del terrorismo, la cual se centra más que en el control exhaustivo de la transferencia de altas cantidades de dinero, en las listas de personas y entidades sospechosas, que tantos problemas suscitan desde el prisma del respeto de las garantías fundamentales de las personas, a la vista de los procedimientos seguidos en cuanto a la inclusión y eliminación (hasta hace poco prácticamente imposible) de nombres en las mismas.”<sup>1024</sup>

Sobre este tema, HINOJOSA MARTÍNEZ menciona que “como ha puesto de manifiesto la doctrina, existen elementos comunes en la investigación financiera contra el crimen organizado y contra el terrorismo”<sup>1025</sup>. En ambos casos, esa investigación suele tener una intencionalidad estratégica, que va más allá de la persecución de un delito concreto. Lo que se busca es conocer la estructura del grupo criminal, sus ramificaciones y sus cómplices, a través de la red de relaciones económicas que vertebran la organización. También, en ambos casos, las indagaciones pueden ser posteriores a la comisión de un delito, y formar parte del conjunto de averiguaciones convenientes para su esclarecimiento, o pueden derivar de la detección de transacciones

---

<sup>1023</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., y VIDALES RODRÍGUEZ, C.: El nuevo delito de financiación del terrorismo..., op. cit., pág. 195.

<sup>1024</sup> Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: Financiación del terrorismo..., op.cit. especialmente pág. 130.

<sup>1025</sup> Cfr. M. KILCHLING, “Financial Counterterrorism Initiatives in Europe”, en C. Fijnaut/ J. Wouters/ F. Naert (eds.), Legal Instruments in the Fight against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue, Leiden, 2004, pp. 206-207, en HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op. cit., p.91.

financieras irregulares, que se convierten en el punto de partida de la investigación. Al final, igualmente, el proceso de indagación culminará con la confiscación de los bienes y la congelación de las cuentas bancarias que sirven para financiar los actos criminales, o que son productos del delito”<sup>1026</sup>.

Sobre las *distinciones entre ambos delitos*, este autor es muy claro al afirmar que deben reconocerse las importantes diferencias que separan el blanqueo de dinero de la financiación del terrorismo. Así, sostiene que “En primer lugar, como ya se ha señalado anteriormente, las normas contra el blanqueo de dinero sólo persiguen los fondos de origen ilegal, y el terrorismo encuentra a menudo su financiación en fuentes legales. Por otro tanto, la utilidad de los mecanismos anti-blanqueo es únicamente parcial en la batalla contra el terrorismo”<sup>1027</sup>.

En segundo lugar, la financiación de un atentado terrorista requiere, en algunos casos, unas cantidades muy modestas de dinero, como ha puesto especialmente de manifiesto en los últimos años el terrorismo islámico<sup>1028</sup>.

En tercer lugar, el contexto jurídico en el que se plantean las medidas ejecutivas contra los malhechores suele ser diferente. Mientras la confiscación de fondos en el blanqueo se sitúa normalmente en el contexto de un procedimiento penal nacional, un núcleo importante de medidas ejecutivas contra la financiación del terrorismo derivan de las decisiones del Consejo de Seguridad en un marco iusinternacionalista<sup>1029</sup>.

Estas características ponen de manifiesto las evidentes diferencias entre ambos fenómenos y permiten criticar, una vez más, el indistinto e indiscriminado tratamiento jurídico en común (de manera simultánea y sin mucho criterio) de tales delitos.

No obstante, este mismo autor también destaca puntos comunicantes y confluencias entre ambos fenómenos: “Existen indudables puntos de conexión entre la lucha contra el blanqueo de dinero y la batalla contra la financiación del terrorismo. Sin

---

<sup>1026</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., pág.91.

<sup>1027</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., pág.91.

<sup>1028</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., pág.92.

<sup>1029</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. - La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., p.93.



embargo, se trata de dos fenómenos distintos que requieren un tratamiento por separado. En cualquier caso, conviene aprovechar las sinergias que se producen en la persecución de ambos fenómenos criminales. Existen numerosos elementos comunes en la persecución del blanqueo de dinero y en la batalla contra la financiación del terrorismo. En ambos casos, se trata de luchar contra estructuras criminales organizadas, en las que la investigación y detección de los lazos financieros que unen a los distintos componentes del grupo puede aportar una valiosa información, tanto para la prevención de futuros delitos, como para detección de los criminales que han participado en su comisión. Además, en algunos casos, la financiación de los grupos terroristas deriva directamente de la comisión de actos delictivos, que requieren posteriormente, el blanqueo de los fondos obtenidos. En tales circunstancias, la persecución del lavado de dinero y de la financiación del terrorismo concurre materialmente en unos mismos hechos”<sup>1030</sup>.

A su vez, creo que son fundamentales los planteamientos de NUÑEZ CASTAÑO sobre las *relaciones entre el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo*, razón por la cual transcribimos sus consideraciones sobre el asunto. En esta materia, con buena dosis de razón, la referida autora destaca que “resulta evidente que el delito de financiación del terrorismo y el delito de blanqueo de capitales en principio tienen poco en común, tratándose de comportamiento radicalmente distintos y con una incidencia muy distinta. Así, pueden llegar a considerarse fenómenos radicalmente opuestos, dado que el blanqueo siempre involucra bienes que en su origen son delictivos, mientras que en la financiación del terrorismo, la ilicitud no se deriva de la procedencia de los bienes, sino del destino que a éstos se les pretende dar. Sin embargo, la legislación internacional se ha empeñado, reiteradamente en tratarlos de manera conjunta, lo que nos obliga a localizar una serie de casos en los que ambos supuestos pudieran confluir. Así ocurrirá cuando los bienes que procedan de una acción delictiva previa se destinen a financiar actos de terrorismo, tras haber sido sometidos a un proceso de blanqueo. Obviamente, esto permitiría colmar una laguna punitiva que antes poníamos de relieve al manifestar que el art. 575 dejaba fuera de su ámbito de aplicación los supuestos en los que se realizaba un delito contra el orden socioeconómico a fin de allegar fondos a la organización terrorista. En estos supuestos,

---

<sup>1030</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. - La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., p.221.

con independencia de la responsabilidad penal en que se incurra por el delito del que los bienes traen causa, se podría responder por el posterior acto de blanqueo, e incluso por el delito de financiación del terrorismo, con las consideraciones realizadas en los epígrafes precedentes. Sin embargo, es preciso poner de relieve que en el delito de blanqueo, por su propia mecánica comisiva y por su descripción típica, no parecen tener acomodo la provisión o recolección de fondos para respaldar económicamente acciones terroristas o a las organizaciones terroristas. Efectivamente, desde una concepción estricta, el blanqueo va dirigido a incorporar los bienes procedentes de actividades delictivas al tráfico lícito, mientras que la financiación del terrorismo persigue justamente lo contrario. A la vista de todos los problemas expuestos, considero que no resultaba necesaria una regulación específica de la financiación del terrorismo en el ordenamiento jurídico español, tal y como se configura en el art. 576 bis tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por cuanto los tipos penales existentes hasta ese momento, tal como hemos visto, daban una perfecta cobertura a las exigencias que se derivaban de la normativa internacional. Y, en todo caso, de realizarse algún tipo de regulación, ésta debiera ser mucho más precisa y taxativa a fin de evitar los muchos problemas que hemos puesto de relieve. Desde este planteamiento, en mi opinión, sería mucho más correcta la propuesta realizada por el Grupo de Estudios de Política Criminal, que se centra en la modificación del actual artículo 575 del Código penal, relativo al allegamiento de fondos, con la siguiente redacción: “Los que aporten o alleguen fondos para el desarrollo de las actividades delictivas de una organización terrorista, serán castigados con la pena de prisión de tres a seis años, multa del tanto al triplo del valor de los fondos obtenidos, e inhabilitación especial para la profesión, oficio, industria o comercio relacionado con el delito cometido por un tiempo de cuatro a seis años”. Con una redacción similar a esta se evitarían muchos de los problemas mencionados, pero fundamentalmente, el principal de ellos que se deriva de una intensificación de la presión penal traducida en un adelantamiento de las barreras punitivas. Aquí se delimita que la financiación del terrorismo consiste en comportamientos que supongan aportar o entregar fondos a la organización, en todo caso, implica la puesta a disposición de los bienes; desde este prisma, los actos previos a la aportación o entrega en sí, serían castigados como tentativa o como actos preparatorios, punibles en este ámbito, respetando con ello los principios y garantías básicas del Derecho penal en un Estado de Derecho. El empeño de nuestro legislador por incorporar de manera inmediata y acrítica las disposiciones procedentes de

organizaciones internacionales, provocan no sólo la superposición de comportamientos típicos en materias que, como es el caso del terrorismo, nuestro ordenamiento jurídico ha desarrollado ampliamente, sino, lo que es más grave, la vulneración de los principios y garantías que informan nuestro ordenamiento jurídico penal, irrenunciables en un Estado de Derecho. No se trata de no trasponer la normativa internacional, sino de hacerlo en armonización con la legislación ya existente y respetando las bases de nuestro ordenamiento jurídico”<sup>1031</sup>.

Esta realidad permite explicar las razones por las cuales existen confusiones en el tratamiento jurídico de ambas figuras delictivas, y una cierta confusión en la política-criminal que se pone en marcha para enfrentar tales fenómenos.

### **8. Aspectos criminológicos y de política-criminal**

La financiación del terrorismo, el propio terrorismo y la criminalidad organizada, así como otras formas de macrocriminalidad, representan un gran desafío para las fuerzas de seguridad del Estado y para el sistema de justicia criminal.

La experiencia de la policía y de las Unidades de Inteligencia Financiera (UIFs) han permitido acumular información y a lo largo de las últimas décadas han desarrollado buenas prácticas y estrategias que sirven de base e inspiración para nuevos avances en el campo de las políticas públicas (penales y extrapenales) en materia de contraterroismo.

También las investigaciones científicas, el trabajo académico y la recopilación de datos han permitido conocer más de cerca un fenómeno que es todavía muy poco advertido.

La investigación de delitos de blanqueo de capitales en situaciones ordinarias y comunes es muy difícil. Pero mucho más difícil es el trabajo de investigación y la persecución penal de operaciones financieras relacionadas con la financiación del terrorismo. En este campo aparecen factores coadyuvantes que transforman las investigaciones en situaciones más enredadas, complejas y muchas veces más peligrosas. Esta realidad ha llevado al Fiscal de la Audiencia Nacional Juan MORAL DE LA ROSA a afirmar que “que si hay algo indisolublemente unido a la

---

<sup>1031</sup> Cfr. NUÑEZ CASTAÑO, E.: Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas, op.cit., págs. 276-278.

transnacionalización son los flujos financieros, representado en el movimiento e intercambio de capitales y la realización de operaciones en tiempo real a través de cualquier país y hacia cualquier rincón del mundo. Pero si esta facilidad que brinda el avance tecnológico, es utilizada por los grupos terroristas, cuya actuación no se circunscribe aun Estado, sino a diferentes Estados, el problema se multiplica notablemente. La utilización de los instrumentos de control de las actividades económicas que se utilizan son un instrumento útil para la investigación de la financiación terrorista en los casos que aparezca, pero a su vez las limitaciones que presentan se extenderán a estas investigaciones. Muchas ocasiones recibimos información directamente de los grupos policiales encargados de la persecución del delito o de las instituciones administrativas (SEPBLAC o Comisión de Vigilancia de las Actividades Terroristas), que dan lugar a procedimientos en Fiscalía o en el Juzgado y en muchas ocasiones no pueden obtenerse resultados por la propia naturaleza del sistema utilizado para la averiguación de que grupo terroristas o que personas se encuentran detrás de una operación que pudiera suponer un acto de financiación del terrorismo. La falta de armonización entre las legislaciones de los Estados, la utilización de paraísos fiscales, el secreto bancario..., son algunos de los inconvenientes con que nos encontramos en la práctica diaria de nuestra actividad, ya que no olvidemos que será la Audiencia Nacional, el único órgano encargado de la persecución de estos delitos de terrorismo o su financiamiento. La lucha contra el terrorismo, no puede circunscribirse a la actividad policial o de inteligencia, ya que cortar el flujo de capital resulta básico para atacar sus estructuras y prevenir la comisión de actos delictivos. Existe una adecuada proporcionalidad entre la capacidad de financiación de un grupo terrorista con su capacidad de cometer actos de terrorismo. Naciones Unidas se ha encargado de repetir de manera constante que la comisión de actos de terrorismo va a depender de la financiación y capacidad para obtener recursos económicos por parte de los grupos terroristas”<sup>1032</sup>.

Este mismo autor afirma que todo depende de la organización o grupo terrorista de que se trate, pues cada uno tiene sus particulares características derivadas de sus propia naturaleza. Mientras en los grupos terroristas autóctonos (ETA, GRAPO...) las organizaciones cuentan con una estructura jerarquizada, caracterizada por una división de funciones, compartimentos casi estancos y presencia en diversas

---

<sup>1032</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 255.

formas de la vida social y pública, otros grupos como los de corte *yihadista* o terrorismo internacional responden a una estructura lineal, donde una célula se organiza de manera autónoma y para la comisión de un acto delictivo en concreto, se suelen en ocasiones autofinanciar o reciben los fondos del grupo para el que sirven y tras la comisión del acto se disuelven y desaparecen<sup>1033</sup>. Todas esas características son muy importantes pues determinan el tipo de financiación que cada grupo puede necesitar y obtener.

Como describe HINOJOSA MARTÍNEZ, la financiación del terrorismo puede alcanzar diferentes fuentes, incluso las estatales. Este autor recuerda que “en determinados casos concretos, el Consejo de Seguridad ha deplorado la amenaza de algún Estado de recurrir al terrorismo, como en el caso de Irak, o ha acusado a un Estado concreto de haber perpetrado una acción terrorista, como ocurrió con Libia los talibanes en Afganistán. En cualquier caso, desde diversas fuentes, se apunta a una sensible disminución en los últimos años de la financiación estatal de las actividades terroristas<sup>1034</sup>. Este autor también destaca que “en la medida en que la *financiación del terrorismo* puede tener un origen legal, el GAFI ha identificado tres fases distintas en ese proceso: *a)* la recogida de fondos; *b)* su transmisión/enmascaramiento; y *c)* su uso. En realidad, muchos grupos terroristas, sobre todo los de gran tamaño, recurren al blanqueo de dinero de origen ilegal para sufragar sus gastos, por lo que se podrían identificar las tres fases del blanqueo en su actividad. De ahí que el apartado *b)* de esta última clasificación coincida con las dos primeras fases de blanqueo antes mencionadas (colocación y enmascaramiento). Es en la tercera fase (mera realización de los desembolsos necesarios para la comisión de atentados *versus* integración) donde se pueden darse más diferencias, si el grupo terrorista no tiene intención de incrementar sustancialmente su capacidad económica. En cuanto a las técnicas de blanqueo, pueden ser de muy diverso tipo, casi tantas como la mente humana sea capaz de imaginar. Normalmente, el grado de desarrollo, y sobre todo de formalidad, del mercado financiero nacional constituyen los factores más importantes para determinar las fórmulas de blanqueo mejor adaptadas a cada Estado. En los países donde el mercado informal gestiona un porcentaje importante de las transacciones financieras, tanto las oficinas de cambio, como los métodos alternativos de pago o transferencia (el *hawala* u otros similares), tienen un papel protagonista en las operaciones de blanqueo y de

---

<sup>1033</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 263.

<sup>1034</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., p.75.

financiación del terrorismo. En cambio, en los países desarrollados, en los que la inmensa mayoría de las transacciones financieras se realizan a través de mercados formales (reglados), las técnicas de blanqueo pueden alcanzar un elevado grado de sofisticación. Aunque es posible utilizar técnicas relativamente simples para determinadas operaciones, como el fraccionamiento de los depósitos (“*smurfing*”) en los Estados donde exista la obligación de declarar las transacciones de importe superior a un determinado montante, el estudio de la casuística internacional muestra complicados entramados financieros, para cuyo montaje se requieren los servicios de cualificados conocedores de los mercados internacionales de capital, expertos en fiscalidad internacional, especialistas en derecho societario y personas habituadas a los controles sobre las operaciones de exportación e importación”<sup>1035</sup>.

MORAL DE LA ROSA, en una descripción de los métodos de financiación de ETA, ha mencionado las principales formas de recaudación de fondos por parte del grupo terrorista. Por su importancia transcribimos la siguiente síntesis de su experiencia y pensamiento:

- a) Cuotas de simpatizantes: “cuya aportación se efectúa de las más diversas maneras, desde aquellas que se efectúan directamente modo de contribución regular y periódica en cuentas por otras personas u entidades que sirven al entramado del grupo terrorista hasta las que se efectúan directamente a personas que se encargan de recaudar esas cuotas para hacerlas llegar al grupo terrorista al que sirven”<sup>1036</sup>.
- b) Aportaciones de familiares y simpatizantes: “para el sostenimiento de terroristas huidos de la acción de la Justicia. A través de las entidades de supervisión en ocasiones se detectan movimientos financieros inexplicables desde la lógica financiera que pudieran servir para dar cobijo y sustentar a terroristas que se encuentran en otros países. En este punto debemos distinguir si el auxilio de los familiares se hace para el sustento de su

---

<sup>1035</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., pág. 86.

<sup>1036</sup> Este autor explica que “La sentencia por la que se condena a los grupos terroristas juveniles Jarrai, Haika o Segi recibían aportaciones que contribuían no solo al mantenimiento de los integrantes de estos grupos sino para la comisión de pequeños actos de terrorismo de menor intensidad (violencia callejera) pero que servía como medio de lucha para la banda terrorista. En la que se declara probada la solicitud por parte de la organización ilegal SEGI de “La recaudación de fondos a tal efecto, y la pública reclamación fondos con propósito continuista” de la actividad terrorista. (STS 40/2007 de 19 de enero)”. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 265.

pariente o si nos encontramos ante una verdadera financiación de integrantes del comando que se encuentra inactivo en una fase determinada”<sup>1037</sup>.

- c) Fabricación y venta de productos: “Se trata de la fabricación y venta de diversos productos como mecheros, camisetas, llaveros y pequeños artículos con los que se obtienen fondos con esta finalidad. Los cuales se distribuyen directamente en ferias y mercados o bien a través de los locales que les sirven para dar cobertura e infraestructura al grupo terrorista, como el caso de las Herriko Tabernas o casas del pueblo.”<sup>1038</sup>
- d) Impuesto revolucionario: “Se trata de una recaudación de fondos obtenida mediante la extorsión mediante el envío de cartas amenazadoras de la organización terrorista, en España nos referimos a E.T.A. en las que se conmina a efectuar una aportación de fondos a la organización o al proyecto político de ésta bajo conminación de sufrir represalias en caso de no atender a la petición. Cantidades de dinero que se solicitan a cambio de poner en libertad a empresarios que han sido secuestrados y por los que se solicitan importantes cantidades de dinero (caso como el secuestro del empresario Cosme Declaux que entregó 6 millones de € por su puesta en libertad y que dio lugar a la condena de seis personas a penas entre 10 y 17 años y medio de prisión). No obstante, esto plantea problemas en los casos de entregas del llamado impuesto revolucionario se hace de forma violenta o coactiva, a la hora de configurar la conducta del que lo entrega”<sup>1039</sup>.
- e) Herriko Tabernas: “a través de las que se obtienen importantes cantidades de dinero con las que financiar a la banda terrorista, bien directamente mediante la venta controlada y dirigida por la banda terrorista de diversos productos que en las mismas se distribuyen cuyos beneficios redundan a la organización terrorista como a través de ingresos y aportaciones en efectivo en las cuentas abiertas por las mismas o bien directamente en los locales y que efectúan los clientes y simpatizantes de la banda terrorista. Para controlar la gestión y dar mayor efectividad a las cantidades que se obtienen se constituyen bajo una formula en común, Kultur Elkarteas sin

---

<sup>1037</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 266.

<sup>1038</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 266.

<sup>1039</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 267.

ánimo de lucro (asociaciones culturales), son gestionadas por un órgano común para todas ellas que es controlado por representantes locales de la ilegal Herri Batasuna, garantizando con ellas no solo el control y disciplina con los postulados de la banda sino que gestionan los beneficios y ocultan el destino de los mismos. Los cuales son utilizados bien para satisfacer las necesidades de los activistas del grupo terrorista, como de sus familias, como para mantener la infraestructura precisa de la misma. En la actualidad han sido declaradas ilegales por su vinculación con Herri Batasuna- Euskal Herritarrok-Batasuna y suspendidas penalmente sus actividades conforme al art. 129 del C.P.<sup>1040</sup>.

- f) Financiación institucional y empresarial: “representadas por los fondos y las subvenciones concedidos y otorgadas por el gobierno vasco a asociaciones que promueven la enseñanza del euskera u actividades culturales a favor de la tradición y costumbres del pueblo vasco, celebración de eventos sociales y culturales, distribución de publicaciones, etc...y que según investigaciones ya judicializadas y en fase de instrucción podrían haberse derivado, parcialmente, para la financiación de la banda terrorista ETA, por su vinculación, a través de las personas que las gestionan o de las que controlan los fondos obtenidos que pertenecen al entramado de la banda terrorista ETA.”<sup>1041</sup>
- g) Medios de comunicación: “se trata de diversos medios de información que pudieran estar gestionados por personas cercanas a los órganos de dirección de la organización terrorista y que no solo sirven para servir de órgano de difusión de los comunicados de la banda, tras actos y acciones terroristas sino que pudieran derivar fondos a la misma, a través de un entramado de empresas cuyo fin es ocultar ser órganos bajo la dirección de los dirigentes de la organización. Algunos procesos judicializados como el caso Egin y Egunkaria”<sup>1042</sup>.

Por otro lado, MORAL DE ROSA enfatiza la evidente relación entre el blanqueo de capitales, el terrorismo y su financiación. Afirma este autor “no quiero dejar de señalar un fenómeno comúnmente detectado y es el del vínculo entre

---

<sup>1040</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 268.

<sup>1041</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 268.

<sup>1042</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 268.



organizaciones terroristas y criminales, no difieren los medios utilizados para el blanqueo de capitales. Los pasos son comunes y pueden señalarse los siguientes:

- la utilización de sistemas financieros clásicos para colocar el dinero en el mercado y que llegue sin rastro a la organización a la que va a servir, normalmente a través de numerosas transacciones “smurfing” utilizadas por el blanqueador, lo que dificulta el rastro de los mismos, (suele utilizarse para el envío de fondos a terroristas huidos y residentes en el extranjero, o para hacer llegar el dinero a organizaciones intermediarias...)
- La utilización de sistemas al margen de los financieros clásicos, como los vistos a través del *Hawala*.
- El transporte físico del dinero, colocándolo en países donde los controles no existen o son fácilmente vulnerables, ya sea por la debilidad de la legislación en esta materia, legislación permisiva o nivel de corrupción de funcionarios y sistema bancario.
- Compras de instrumentos de pago, uso de tarjetas de crédito, falsificación de documentos de identidad, depósitos y retiradas de efectivo... propios de organizaciones terroristas de corte internacional.”<sup>1043</sup>

Sobre los métodos de financiación del terrorismo realiza MARTÍN VELASCO, autor con vasta experiencia en la materia, el siguiente *diagnóstico práctico del problema*: “en general podemos afirmar como idea básica que el delito de financiación del terrorismo es un delito antecedente al del acto terrorista: los fondos destinados a sufragar la actividad terrorista son fondos intrínsecamente ilícitos. Su procedencia puede ser lícita o ilícita, pero su finalidad los hace ilegales en cualquier caso. Para poder detectar estos movimientos de capitales se ha de tener muy presente la realidad del fenómeno terrorista que se trate de combatir. No tiene nada que ver la financiación de ETA con la de Al Qaeda, como tampoco tienen nada que ver las formas de operar de uno y otro grupo terrorista. Por lo tanto la estrategia, tanto preventiva como represiva, que se siga en la lucha contra el fenómeno terrorista debe ser básicamente la misma que se siga contra su financiación y es así como el sistema de fuentes y la práctica policial está evolucionando en la actualidad, siguiendo una investigación patrimonial de forma paralela a la propia de la célula o células terroristas. Pero la experiencia acumulada en

---

<sup>1043</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 272.

las últimas dos décadas del siglo XX había versado fundamentalmente sobre los problemas de blanqueo de dinero asociado al narcotráfico y al crimen organizado, y ello tuvo mucho peso a la hora de enfocar un problema como el de la financiación de grupos terroristas. De hecho, después del 11-S la comunidad internacional intentó aplicar todo ese bagaje a la financiación del terrorismo, sin tener muchas veces en cuenta que ambos fenómenos eran prácticamente opuestos. Efectivamente, como algunos autorizados autores han puesto de relieve<sup>1044</sup>, la financiación del terrorismo opera muchas veces a la inversa de cómo lo hacen los sistemas de blanqueo de dinero. En buena parte de estos casos es dinero de procedencia lícita el que se destina a fines ilícitos convirtiéndose por ello en ilegal: no se trata ahora de ocultar su origen, sino su destino. Además, en el caso del terrorismo de raíces islámicas, al menos el que tiene lugar en Europa, el origen del dinero tampoco es siempre lícito. De hecho, es curioso observar, desde un punto de vista criminológico, cómo las actividades de narcotráfico, terrorismo, corrupción y blanqueo van comúnmente asociadas en este tipo de terrorismo, debido a la necesidad de financiarse con la pequeña delincuencia y el tráfico de drogas al menudeo, como se ha puesto de manifiesto en alguna de las sesiones del juicio oral recientemente finalizado en España sobre el brutal atentado en la estación de trenes de Atocha, en Madrid. Sabemos que ya no se necesitan muchos fondos para cometer atentados terroristas: se ha calculado que los ataques del 11-S costaron menos de 500.000 dólares y, tres años después, la masacre de Madrid apenas pasó de los 100.000 euros. La rapidez y el anonimato de las actuales formas de comunicación, unidas a las posibilidades que ofrece el envío de dinero por métodos alternativos como el “Hawala”, al margen de los circuitos financieros tradicionales en occidente, hacen que cada vez sea más difícil la detección de los movimientos de capitales relacionados con la financiación del terrorismo. El sistema de “hawala”, simplificándolo un poco, es tan sencillo como eficaz y económico: las personas que necesitan enviar dinero a otro país se ponen en contacto con el agente hawaladar de su propio país, el cual contacta con el hawaladar del país o región de destino y, en el caso de occidente, utilizando ya el sistema bancario tradicional, hace llegar el dinero a la cuenta de la persona deseada. Las comunicaciones entre los hawaladars son informales, por teléfono o correo electrónico, y entre ellos van compensando sus créditos y débitos. Todo el sistema se basa en la confianza entre las

---

<sup>1044</sup> Vid. PASSAS, N. y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., “La financiación del terrorismo de Al-Qaeda: mitos y realidades” en *Inteligencia y seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, núm, 2, Jun-Nov- 2007.

partes y el pago está prácticamente garantizado. Es un sistema de origen asiático y de amplia raigambre en países árabes que viene funcionando hace tiempo con normalidad y que ahora es también utilizado por las células terroristas de origen islámico para sus finalidades criminales. Un caso muy cercano de estos sistemas alternativos de envío de dinero lo tenemos en las detenciones producidas en Valencia y Logroño en Marzo del 2005 en relación con la financiación del atentado con camión-bomba ocurrido en la isla tunecina de Djerba el 11 de abril del 2002 en el que murieron 21 personas. Recientemente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha confirmado la sentencia de la Audiencia Nacional que condenaba al valenciano Enrique Cerdá y al pakistaní afincado en Logroño Ahmed Rukhsar a cinco años de cárcel, once de inhabilitación absoluta y multa de 1.100 euros por un delito de colaboración con grupo terrorista. Pues bien, el pakistaní que nos ocupa no era otra cosa que un agente hawaladar: siendo Rukhsar propietario de una tienda de alimentación, habilitada como locutorio en la capital de La Rioja, enviaba parte del dinero que gestionaba a determinados miembros de la red de Al Qaida, habiéndose calculado los movimientos económicos realizados desde allí por el ahora sentenciado en 2.677.097 euros en un periodo de escasos meses, dinero que le era confiado por muchos del casi millar de pakistanies que vivían en Logroño. Así, este hawaladar de Logroño, siguiendo las instrucciones de su contacto en Pakistán, transfirió 9.500 euros a una cuenta de Bancaja en Valencia a nombre de Essa Ismail Mohamed, Isa de Karachi, actualmente en búsqueda y captura acusado de financiar la compra del vehículo utilizado en el atentado. También, de conformidad con las órdenes del hawaladar de Pakistán, enviaba dinero a distintas cuentas corrientes pertenecientes a personas o sociedades en varios países europeos y Estados Unidos. Ciertamente Europa no estaba acostumbrada a esta forma de conseguir financiación para grupos terroristas. Eran conocidas las extorsiones, amenazas, o inclusive la existencia de sociedades o editoriales que servían de tapadera para la financiación de grupos terroristas como la ETA española o el IRA irlandés, pero mucho menos estos métodos de captación de fondos que no dejan rastro documental muchas veces y en el que se pueden llegar a transferir importantes sumas de dinero.”<sup>1045</sup>

Por fin, el análisis de HINOJOSA MARTÍNEZ en relación a las fuentes privadas de financiación del terrorismo indica que:

---

<sup>1045</sup> Así, literalmente, lo recogimos de su artículo “Instrumentos jurídicos contra la financiación del terrorismo desde el 11-S” (título en Inglés: Law enforcement against financing of terrorism since 9/11). En Revista Inteligencia y Seguridad (Revista de Análisis y Prospectiva), 2007, págs. 59-76.

- a) “La principal fuente ilegal de financiación del terrorismo, y la más tradicional, proviene del tráfico de drogas. A diferencia de los grupos guerrilleros, que controlan una porción de territorio y pueden permitirse el lujo de mantener zonas de producción de droga, la mayoría de los grupos terroristas actúan como meros intermediarios en la distribución de estas “mercancías”. Esta cooperación entre grupos de criminalidad organizada y grupos terroristas favorece la asimilación de técnicas mafiosas por parte de estos últimos, que acaba con la profesionalización como delincuente de muchos de los terroristas, tanto durante como después de la finalización del conflicto en el que se enmarca su actividad terrorista”.<sup>1046</sup>
- b) Además, “los grupos terroristas han utilizado otra gran variedad de métodos delictivos para la obtención de fondos, algunos de los cuales tenían una doble utilidad, al facilitar la comisión de atentados: el robo de vehículos, la falsificación de pasaportes u otros documentos de identidad, el tráfico de armas, la falsificación de tarjetas de crédito, los secuestros, la extorsión, la falsificación de moneda, etc. La venta de las mercancías robadas, su conversión en metales preciosos, más fungibles, o el blanqueo del dinero obtenido ilícitamente, han llevado al establecimiento de sólidas relaciones entre las asociaciones terroristas y algunos grupos de la delincuencia internacional organizada. En consecuencia, como acabo de señalar, los instrumentos de la cooperación internacional contra el crimen organizado servirán al mismo tiempo, y con algunas adaptaciones, como arma en la lucha anti-terrorista, no sólo en la prevención de atentados, sino sobre todos en el descubrimiento de la estructura y de las redes de apoyo de estos grupos”.<sup>1047</sup>
- c) También existe la detección de los “medios legales de financiación de las actividades terroristas es la que plantea mayores dificultades para las autoridades públicas, debido a lo complicado que resulta distinguir esos fondos del enorme volumen de transacciones financieras que se desarrollan a diario en los mercados de capital. Los mecanismos legales utilizados para financiar movimientos terroristas pueden adoptar las más diversas

---

<sup>1046</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., pág.77.

<sup>1047</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. - La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., pág.78

fórmulas. En primer lugar, algunas organizaciones terroristas disfrutaban de un complejo empresarial que deriva una parte de sus beneficios para sufragar los gastos generados por su actividad subversiva. Esos grupos empresariales aportan la ventaja adicional de proporcionar una cobertura laboral a algunos miembros de la organización, y de otorgar una tapadera comercial de sus actividades”<sup>1048</sup>.

- d) Por otro lado, “otra fuente de financiación cada vez más importante del terrorismo internacional la constituyen las aportaciones voluntarias de particulares, bien directamente, bien a través de rifas o donaciones a entidades sin ánimo de lucro, algunas de ellas de carácter asistencial, las cuales desvían posteriormente una parte significativa de sus ingresos hacia un determinado grupo terrorista. Es habitual que muchas de las personas que colaboran con estas entidades desconozcan el uso que se da a esos fondos”<sup>1049</sup>.
- e) Por fin, este autor destaca “la relevancia que ha adquirido en la financiación del terrorismo islamita, la institución del “*hawala*”, un sistema de transferencia de fondos alternativo al que ofrecen las entidades bancarias tradicionales, y que hoy día se utiliza en todo el mundo”<sup>1050</sup>.

Un aspecto que pienso es muy importante en lo que se refiere a los resultados prácticos de la lucha contra la financiación del terrorismo es la eficacia de tales medidas en términos preventivos. De cierta manera se puede afirmar que una acción coordinada por parte del Estado en diferentes órbitas (no solo en el campo penal) puede obtener resultados concretos en esta materia. Sobre este aspecto HINOJOSA MARTÍNEZ recuerda que “en España, la asfixia económica de la banda terrorista ETA, como

---

<sup>1048</sup> En un comunicado distribuido en diciembre de 2005, la banda terrorista ETA instaba a empresarios y simpatizantes a consumir productos “autóctonos”, es decir, productos de empresas que satisfacen la extorsión del “impuesto revolucionario”, o que están directamente controladas por la banda, al tiempo que solicitaba el boicot para determinadas sociedades que no se plegaban a sus presiones [A.ESCRIVA, “ETA anima a comprar productos “autóctonos” y pide por carta el boicot a quienes no le pagan”, en El Mundo, de 20 de diciembre de 2005, p.14] en HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., pág.79.

<sup>1049</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. - La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., pág.79.

<sup>1050</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. - La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., pág.80.

consecuencia de la creciente cooperación internacional, parece haber sido uno de los principales elementos conducentes a su debilitamiento”<sup>1051</sup>.

## **9. La inseguridad global y el mundo de la economía**

El proceso de integración mundial y desaparición de fronteras entre los países ha supuesto que la seguridad de los Estados y de las instituciones y organizaciones internacionales se vea amenazada seriamente, como consecuencia del carácter transnacional de las operaciones que día a día se vienen realizando. No cabe duda que todo avance supone una mejora para los Estados y un mayor bienestar social pero dichas circunstancias frecuentemente son utilizados por los delincuentes para lograr no solo una mejor consecución de sus fines sino poder alcanzarlos de manera segura y eficaz.

La comprensión del sentido y estado de la cuestión del sentimiento de inseguridad y sus efectos sobre el perfil del Derecho penal en la actualidad ha sido muy bien definida por SILVA SÁNCHEZ al afirmar que “en las sociedades contemporáneas, que viven la proliferación de riesgos en origen humano con una especial angustia, se ha producido un cambio en la representación del Derecho penal, a quien ahora se dirigen reiteradas demandas de seguridad.”<sup>1052</sup>

### **9.1 El sistema financiero y su relación con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (la vertiente económica del terrorismo)**

La historia reciente ha contribuido significativamente para pautar y definir el perfil del Derecho penal sobre temas como el terrorismo y su financiación. Por otro lado, la globalización ha potenciado los efectos de las transformaciones logradas por la modernidad, con importantes consecuencias sobre el propio Derecho Penal<sup>1053</sup>.

El agravamiento de los problemas relacionados con el terrorismo a fines del siglo pasado ha sido consecuencia de muchos factores que hunden sus raíces en antiguos conflictos de diferentes órdenes pero que tienen en común ciertas realidades. La creciente relación entre la delincuencia organizada y el terrorismo, así como el

---

<sup>1051</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. - La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., pág. 224.

<sup>1052</sup> Tema profundamente estudiado por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ en su libro “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales” publicado en España por la Editorial Civitas, en el año 1999 - Madrid.

<sup>1053</sup> SILVA SÁNCHEZ, J-M.: La expansión del Derecho Penal..., op.cit., autor que destaca el extraordinario desarrollo científico proporciona nuevas fuentes de riesgo y tiene efectos sobre la construcción del Derecho Penal.

cambio de métodos de acción por parte de las organizaciones terroristas, que han pasado a utilizar el circuito financiero para transferir capitales, ha sido una novedad en este escenario.

Por otro lado, en las últimas décadas el mundo ha presenciado el surgimiento de una importante crisis económica, muy relacionada a instituciones financieras y a temas como el secreto profesional y bancario<sup>1054</sup>. En efecto, en el mundo contemporáneo las crisis han sido los verdaderos motores propulsores del debate penal, y han dado ocasión de plantear nuevos rumbos al orden social. Se han convertido en momentos culminantes, donde los cambios representan una consecuencia muchas veces inevitable.

A su vez, el terrorismo se ha convertido en protagonista en los últimos años, y frente al espantoso espectáculo del desplome de las torres gemelas en Estados Unidos, y la tragedia de los trenes en Madrid y Londres, el mundo occidental ha conocido una nueva vertiente de crisis global<sup>1055</sup>. Dentro de una lógica de acciones y reacciones, donde al ataque sigue la defensa, se ha suscrito una nueva dialéctica en el mundo del Derecho. En lo que se refiere al Derecho Penal no ha sido distinto. Fundamentalmente, en el ámbito de las garantías individuales hemos presenciado una serie de profundos cambios de sentido, muchas veces con matices de paradójales significados. Países hasta entonces defensores históricos de las libertades civiles y de los derechos fundamentales, han revisado sus legislaciones para inaugurar nuevos tiempos, donde los derechos

---

<sup>1054</sup> Es curioso constatar que “crisis” (del latín crisis, y del griego κρίσις) y “crítico” (del latín críticus, y del griego κριτικός) comparten etimológicamente el mismo radical.

<sup>1055</sup> Lo subraya PÉREZ CEPEDA, El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal, en AAVV El Derecho Penal frente a la inseguridad global, Editorial Bomarzo, 2007, páginas 85/121): “Podría afirmarse que los atentados de Nueva York y Washington han ahondado en la percepción de la inseguridad a escala casi planetaria. Pero ya no se trata de una sensación de inseguridad más o menos sostenida, latente y difusa – que flotaba en el ambiente de la sociedad del riesgo – sino que ha supuesto una auténtica materialización de la inseguridad global, cuyo actor es el terrorismo global, permitiendo reintroducir la semántica de la amenaza en toda su amplitud en el lenguaje político.”

individuales ya no gozan del mismo contenido y significado<sup>1056</sup>, y la dureza de la norma penal es patente.<sup>1057</sup>

El sistema penal, cuando enfrenta cuestiones como el *blanqueo de capitales*, el *terrorismo y su financiación*, se distingue en base a la relativización de muchos derechos y garantías. En el caso del combate al blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo el más destacado derecho es el secreto bancario.

Como recuerda FERRÉ OLIVÉ “la utilización del sistema bancario y financiero para reciclar los beneficios que se obtienen de distintas actividades delictivas ha sido una práctica extendida e impune durante muchos años, prácticamente en todo el mundo”<sup>1058</sup>. El sistema bancario y financiero ha asumido un papel de creciente importancia en la economía mundial, especialmente a raíz de la globalización de los mercados y el avance de las nuevas formas de comunicación y transmisión de informaciones por medios electrónicos<sup>1059</sup>. Se ha formado en los últimos tiempos un cierto consenso mundial de que para el correcto funcionamiento del llamado “orden socioeconómico” de un determinado país es fundamental la licitud de las riquezas y valores que circulan en el tráfico económico.<sup>1060</sup> A raíz de estas circunstancias, el “blanqueo de capitales” se ha convertido en un tema destacado<sup>1061</sup>, tanto en el escenario

---

<sup>1056</sup> Sobre el tema, vid. VERVAELE, J, La legislación Antiterrorista en Estados Unidos: un derecho penal del enemigo?, en AAVV El Derecho Penal frente a la inseguridad global, op. cit. páginas 171/216.

<sup>1057</sup> Los dilemas del Derecho Penal frente al terrorismo fueron abordados por GONZÁLEZ CUSSAC y otros especialistas, en un evento semejante denominado «Congreso Internacional sobre Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio», que se celebró en la Universidad Jaume I de Castellón entre los días 29 y 31 de octubre de 2003, también organizado por las Áreas de Derecho Penal y de Derecho Procesal del Departamento de Derecho Público, en el ámbito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas. La memoria del evento está disponible en una obra de mismo título (Ed. Tirant lo Blanch). En la obra monográfica se ha puesto de relieve que el estudio global e interdisciplinar del problema, después de los grandes atentados, resultaba ineludible, porque en general el aumento de la delincuencia terrorista suele seguir una disminución de garantías individuales y procesales.

<sup>1058</sup> Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J - Corrupción, crimen organizado y blanqueo de capitales en el mercado financiero – en *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, Salamanca, 2002, pág. 13.

<sup>1059</sup> Sobre el tema: El Capitalismo Clandestino – La obscena realidad de los paraísos fiscales, de Thierry GODEFROY y Pierre LASCOUMES, Ed. Paidós, 2004. También: El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica – Cuaderno de Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial – nº 61, 2005, Madrid.

<sup>1060</sup> Vid. DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio, El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español, Madrid, 1999, pág.1.

<sup>1061</sup> Sobre el tema: José SOUTO DE MOURA en el prefacio de *A criminalidade organizada transnacional – A Cooperação Judiciária e Policial na EU* (Ed. Almedina – 2007, pág. 03) recuerda: “é recorrente, nas instâncias judiciais e políticas, nacionais e internacionais o discurso sobre as novas formas de criminalidade e, em especial, sobre a criminalidade organizada. Esta insistência e esse ênfase são, contudo, emanções verdadeiras de uma realidade grave e preocupante com dimensão planetária e incidência no cotidiano de todos.” “Enquanto a criminalidade clássica se satisfaz, no essencial, com o aperfeiçoamento das estruturas repressivas tradicionais, a nova criminalidade econômico-financeira, as várias espécies de tráficos e o terrorismo, tudo num espaço territorial que se confunde com o planeta e, em regra, com caráter organizado, exige novos investimentos.”



internacional como en el ámbito de las legislaciones internas de cada país. Algunas naciones han vivido situaciones muy dramáticas y han llevado adelante un amplio conjunto de medidas para enfrentar el problema<sup>1062</sup>.

Por otro lado, el extraordinario desarrollo tecnológico vivido por el mundo de la economía ha despertado el interés de la criminalidad, especialmente la de tipo organizado<sup>1063</sup>, que ha descubierto que es el sistema financiero el cauce natural para el tráfico de sus ganancias.

A su vez, el sistema jurídico de las naciones (principalmente en el ámbito del derecho sancionador) no ha acompañado de manera satisfactoria la enorme velocidad con que se han producido los cambios en el mundo de la economía. De hecho, como ha puesto de manifiesto la doctrina, la utilización del sistema bancario y financiero para reciclar los beneficios que se obtienen de distintas actividades delictivas ha sido una práctica extendida e impune durante muchos años, prácticamente en todo el mundo.

La singular cantidad de capitales circulantes en el entramado financiero ha dado ocasión a que algunos sectores de la economía, más precisamente el de los bancos y casas de cambio, hayan demostrado interés en facilitar, sin las cautelas necesarias, los medios para una rápida y anónima transferencia de activos financieros, sin exigir en contrapartida demasiadas explicaciones sobre su origen o destino final, ni tampoco sobre su real titularidad.

Esta aparente complicidad del sistema económico, situación caracterizada por la búsqueda de lucros y ventajas importantes, ha perdurado por algunos años, hasta que los inevitables efectos de tal connivencia se hicieran sentir, especialmente en las economías de los países “emergentes”, como Brasil<sup>1064</sup>.

Al mismo tiempo otro importante factor ha puesto de manifiesto los peligros de la libre circulación de capitales sin atender a su origen: la ascensión del poderío del narcotráfico, de determinadas formas de criminalidad organizada, y el entramado

---

<sup>1062</sup> La experiencia de Italia merece ser destacada. Sobre el tema que nos ocupa, véase POLLARI, Nicolò – *Tecnica delle inchieste patrimoniali per la lotta alla criminalità organizzata* – Edizione Laura Robuffo – Roma – 1995. También la fundamental obra de Luigi FERRAJOLI – *La normativa antiriciclaggio* – Ed. Pirola – 1994.

<sup>1063</sup> En este sentido, el estudio *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Cuadernos de Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial, 2001. Madrid.

<sup>1064</sup> Así comenta Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ: “la doctrina ha destacado que el máximo desarrollo del blanqueo de dinero se realiza en el ámbito de la criminalidad organizada, considerando que los efectos desestabilizadores de estas conductas pueden afectar a todo sistema financiero” *Corrupción, crimen organizado y blanqueo de capitales en el mercado financiero*, en AAVV *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*, op. cit, pág. 17.

financiero de organizaciones terroristas. Ante el inevitable avance de la criminalidad, la legislación sobre blanqueo de dinero y financiación del terrorismo, siempre atenta a las exigencias de eficacia, no ha tenido otra alternativa que también pasar por profundos cambios. Por todo ello, se ha formado en el escenario mundial la opinión de que esta temeraria situación era absolutamente insostenible, de tal suerte que sería razonable exigir de los agentes financieros una creciente colaboración en el sentido de lograr la construcción de un sistema caracterizado por un mayor rigor legal, basado en el deber de diligencia administrativa y en el control de las transacciones. Con el pasar de los años, esta tendencia se ha convertido en un consenso en el escenario de las naciones, bajo la forma de acuerdos y normas internacionales de diferente naturaleza, todas concebidas para el objetivo de cohibir, o al menos prevenir, la realización de operaciones financieras ilícitas. Así, en el plano internacional, en sus más variadas instancias, se ha formado el contexto de las primeras normas de control y represión al blanqueo de dinero, de los delitos económicos, y de la financiación del terrorismo.

Las drásticas medidas adoptadas por Estados Unidos y Europa para contener los efectos de la reciente crisis financiera han mostrado una cara totalmente nueva. El inédito desprecio al principio de no intervención del Estado en la economía de mercado, y el espectacular abandono del ya anciano principio "*laissez faire, laissez passer*", como sagrado rector de la libertad en el mundo de los negocios, ha causado enorme perplejidad. Para contener los efectos de una crisis solo comparable al desastre económico de 1929<sup>1065</sup>, los Estados se han apoderado del control accionario de instituciones financieras de diferentes tipos<sup>1066</sup>, reemplazando el alma privada del sistema por una identidad de naturaleza pública. El apoderamiento por parte del Estado de corporaciones y de organizaciones complejas de tipo económico, suplanta el tradicional protagonismo del sistema por parte del individuo por una capilaridad conectada con el sector público. Esto es muy relevante, pues estamos hablando de estructuras organizadas de poder donde la tradicional manifestación delictiva, por su

---

<sup>1065</sup> Crisis que potencia exponencialmente el sentimiento de inseguridad ya reinante por cuenta de la crisis del modelo del Estado de Bienestar. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, La expansión ... op. cit. pág.23.

<sup>1066</sup> Los ejemplos más recientes: la estatización de bancos en Estados Unidos y Europa, la decisión del Departamento de Tesoro de Estados Unidos autorizando tomar el control del 80% de la aseguradora AIG para salvarla de la quiebra, y la reciente compra del banco de inversión Merrill Lynch realizada por el Bank of América, por alrededor de 30.500 millones de euros.

complejidad, ha causado enormes debates en la doctrina penal<sup>1067</sup>. En caso de que estas corporaciones se vean envueltas en hechos relacionados con la criminalidad organizada las consecuencias serán dramáticas. Guardadas las proporciones y particularidades de cada realidad, conviene recordar que la construcción doctrinal brillantemente expuesta por ROXIN al describir la responsabilidad penal en el ámbito de aparatos organizados de poder, no pone al Estado al margen de la cuestión<sup>1068</sup>. En este contexto, es lícito pensar en la probabilidad de que cambien ciertos criterios de interpretación sobre el concepto de determinados derechos. En la medida en que el Estado ocupa espacios antes reservados a los individuos las reglas tienden a sufrir cambios interpretativos. Antes las decisiones eran tomadas por hombres del mercado. Ahora, estas mismas decisiones, aunque sean tomadas por personas provenientes del mundo financiero, tienen que rendir cuentas al propio Estado controlador. La construcción de los tipos penales y la aplicación de los ya existentes también encontrarán momentos de reflexión, principalmente en lo que se refiere a las estrategias de combate al terrorismo y su financiación.<sup>1069</sup>

Como resultado, ante una fuerte presión internacional, los diversos países han introducido en su legislación normas específicas sobre la materia, especialmente para cubrir los espacios normativos y las lagunas de punibilidad decurrentes de la precaria disciplina existente hasta hace poco tiempo. El secreto en sentido amplio (profesional) además del secreto bancario en sentido estricto, siguiendo el ejemplo de otros derechos fundamentales, han sido afectados por las nuevas regulaciones. Las relaciones entre diferentes formas de criminalidad ha potenciado este fenómeno.

Como destaca HINOJOSA MARTÍNEZ al analizar la cuestión bajo el enfoque de la financiación del terrorismo y sus relaciones con los delitos económicos y la criminalidad organizada, “el secreto profesional, el secreto bancario, el derecho de

---

<sup>1067</sup> La delincuencia empresarial, en el ámbito de la economía, ocupa un lugar destacado en el debate penal de los últimos años. Lejos de consensos, las soluciones alcanzadas son muy variopintas, involucrando temas como la responsabilidad penal en el ámbito de aparatos organizados de poder, la responsabilidad penal de personas jurídicas, etc.

<sup>1068</sup> Hablando de los problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada ROXIN afirma que “En efecto, un aparato estatal que actúa delictivamente es un prototipo de la criminalidad organizada, porque normalmente la organización del Estado en el ámbito dominado por el aparato se muestra como su más completa y efectiva forma.” Cfr. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, Revista Penal n° 2, pág. 61, julio 1998.

<sup>1069</sup> Los criterios para la anticipación del umbral de tutela penal también tendrán que enfrentarse a la nueva realidad. Por ejemplo, los delitos de peligro, tan largamente adoptados en el mundo de los delitos económicos, van a sufrir una revisión de significado. La aversión al riesgo, tan acentuada en los últimos tiempos, puede potenciar exponencialmente opciones como penalizar aún más comportamientos peligrosos, abriendo paso e dando lugar a una situación que puede ser definida como “punir el mero riesgo de peligro”.

defensa, o la protección de los derechos humanos en general, son regulados de distinta manera en cada Estado. Además, los profesionales de los mercados financieros se encuentran cada vez más expuestos como el instrumento clave para el buen funcionamiento del control previsto. Su diligencia en la vigilancia y la delación de sus propios clientes condicionará el éxito de las autoridades públicas en este terreno. El dilema moral para esas entidades financieras, o para los profesionales afectados, puede llegar a ser irresoluble, ya que esa labor no sólo es costosa en términos de horas de trabajo y medios, sino que a menudo les obligará a actuar en contra de sus intereses comerciales (no incluso de su seguridad personal), y todo eso resulta muy problemático. Las técnicas de blanqueo de dinero utilizadas por las organizaciones criminales transnacionales son esencialmente las mismas a las que recurren los grupos terroristas. En consecuencia, las medidas que se adopten contra el blanqueo de dinero generarán, en algunos casos, beneficios directos en la lucha contra la financiación del terrorismo”.<sup>1070</sup> Este conjunto de circunstancias influye en el perfil de Derecho penal en la actualidad.

Por otro lado, considerando los procesos de globalización, parece poco importante que en la construcción de los mercados comunitarios, especialmente el espacio económico europeo, se haya impuesto el modelo de la libre circulación de productos, personas y riquezas sin las conocidas trabas de los mercados tradicionales, y que como efecto de este fenómeno, las fronteras hayan sido en gran parte abolidas a favor de una mayor fluidez en las relaciones entre los países.

El agravamiento de la criminalidad organizada (primero en manos del narcotráfico, después por cuenta del *terrorismo*, y también en manos de la delincuencia de tipo económico) tiene como consecuencia lógica el recrudecimiento de las medidas de control y represión y la búsqueda de soluciones. La sociedad exige al Estado que no se demore en ofrecer respuestas rápidas al problema y la doctrina ha incorporado esta filosofía de forma que, principalmente a partir de la mitad del pasado siglo, se han

---

<sup>1070</sup> En su resolución 58/136 (doc. A/RES/58/136, de 26 de enero de 2004, punto 11), la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó a los Estados miembros que enviaran informes al Secretario General “sobre la naturaleza de los vínculos entre el terrorismo y otras formas de delincuencia a fin de aumentar las sinergias en la prestación de asistencia técnica”. Desde entonces, la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito ha recibido sesenta informes (ver el resumen de la información obtenida y de las conclusiones resultantes en el Doc. A/CONF/203/5, de 11 de febrero de 2005) y ha conseguido información adicional sobre esta cuestión en sus visitas a Estados concretos, lo que le lleva a utilizar un enfoque integrado en la prestación de asistencia técnica a los Estados que la solicitan (Naciones Unidas, Informe del Secretario General sobre el fortalecimiento de la cooperación internacional y de la asistencia técnica para promover la aplicación de los convenios y protocolos universales relativos al terrorismo en el marco de las actividades de la Oficina de las NNUU contra la Droga y el Delito, Doc. E/CN.15/2005/13, de 8 de abril de 2005, pp.12-13) en HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., p.90.

abierto las puertas para una creciente ampliación de la intervención del Estado (y del Derecho Penal) en el ámbito de la economía. Las funciones que las entidades financieras ejercen generan relaciones complejas que, en mayor o menor grado caen dentro de lo jurídico determinando, a su vez, el nacimiento de reglas específicas para el establecimiento de marcos y límites. Por ejemplo, la rigurosidad del secreto bancario no podría, sin duda, llevarse a límites tales que impidieran el ejercicio de la actividad jurisdiccional en casos en los que el interés público, en su más amplia acepción, esté comprometido, tal es el caso de la represión delictiva la que, por constituir uno de los pilares básicos de la convivencia humana, no debería ser delegada a los intereses privados. La tendencia de sobreponer el interés público sobre el privado es, en el ámbito del secreto bancario, más allá que un lugar común, una realidad incontestable ante el avance de la criminalidad. No es difícil llegar, entonces, a la conclusión de que el mundo de la banca libre, de las transferencias de capital al margen de controles muy estrictos, y la seguridad de cuentas bancarias anónimas, quizás, ha empezado a cambiar.

En lo que se refiere específicamente a la *financiación del terrorismo* el problema de la flexibilización de garantías es muy evidente. Este es un tema muy importante para el Derecho penal en la actualidad. Abordando el problema del terrorismo bajo un punto de vista económico LORETTA NAPOLEONI ha puesto de manifiesto una nueva perspectiva basada en la idea de que el diseño de la economía global ha proporcionado a las organizaciones terroristas la oportunidad de organizar sus finanzas en una red internacional que relaciona los sistemas de apoyo y logísticos<sup>1071</sup>

A su vez, en España, DANIEL PORTERO ha expuesto en su libro “La trama civil de ETA”<sup>1072</sup>, que la subsistencia de grupos terroristas tiene relación directa con el mundo de la criminalidad económica, con una *red de financiación* y apoyo de considerable complejidad<sup>1073</sup>.

---

<sup>1071</sup> Este fenómeno, definido por la autora como “Economía del Terror” denuncia la existencia de una macroeconomía del terrorismo, cuyos efectos son muy graves. La autora afirma que “las consecuencias más devastadoras de la interferencia de las superpotencias en los asuntos internos de otros países han sido la desestabilización de regiones enteras y derrumbe de sus respectivas economías.” Cfr. NAPOLEONI, Loretta, *Yihad – Como se financia el terrorismo en la nueva economía* – Ed. Urbano Tendencias, 2004, pág. 73. Esto remite a la idea de que el terrorismo está conectada con la referencia inicial a las crisis como un problema de fondo. La obra de LORETTA NAPOLEONI es una de las más completas ya publicadas sobre esta materia.

<sup>1072</sup> Ed. Arcopress, 2008.

<sup>1073</sup> Esta realidad se viene confirmando de acuerdo con las noticias de que ETA invierte en paraísos fiscales el dinero recaudado de empresarios vascos y navarros mediante lo que denomina impuesto revolucionario. Esa práctica financiera demuestra que los terroristas se han adoptado métodos de la delincuencia organizada común (tráfico de drogas, mafias, etc.) para encontrar un refugio seguro para su dinero.

Sobre el terrorismo de matriz islámica, François HEISBOURG recuerda que Al Qaeda se beneficiaría de *estructuras financieramente muy diversificadas y poderosas*.<sup>1074</sup>

En definitiva, los grupos terroristas han cambiado de métodos. La mutación de métodos por parte de la criminalidad organizada fue destacada por JOÃO DAVIN al mencionar que "as organizações criminais começaram a “infiltrar-se” cada vez mais na denominada economia dita “lícita”, matizando a origem dos seus capitais e mesclando-os com o dinheiro legítimo. Igualmente, assistiu-se a um incremento de atividades delituosas para “potenciar” os lucros e rendimentos da actividade lícita, ou seja, esses grupos passaram a utilizar, amiudadas vezes, no exercício de suas actividades legais, métodos e práticas “importadas” das suas actividades ilícitas.”<sup>1075</sup>

Esta situación ha sido fuente de cambio de muchas estrategias de enfrentamiento al problema. Al avance del poder económico de las organizaciones criminales, hay que añadir otra realidad, de perspectiva más amplia: la demanda de seguridad que siempre presente en las sociedades modernas. Este sentimiento ha producido tradicionalmente efectos en el ámbito de las libertades individuales, pero factores como el narcotráfico, el terrorismo y la criminalidad organizada han extendido la intervención del Estado a ámbitos cada vez más supraindividuales o colectivos.

Concretamente frente al problema del terrorismo, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, han destacado los amplios cambios producidos en la sociedad por cuenta de sus efectos<sup>1076</sup>, de tal suerte que el tema ha cobrado un protagonismo inigualable en los últimos tiempos.

---

<sup>1074</sup> Bin Laden tendría así participación con una forma u otra, en particular en Sudan, diversas empresas: Zirqani, Ladin Internacional, Althamar al-Mubarak, Quadrat Transportation, Quadrat Construction & Bareba. Todas estas tendrían actividad legal. También recuerda que en los años ochenta, los combatientes musulmanes en Afganistán crearon redes de reclutamiento en todo el mundo gracias al apoyo financiero saudí y estadounidense. Tras la retirada soviética de 1989, estas redes continuaron y sobrepasaron a los que las habían financiado, en Hiperterrorismo; la nueva guerra; Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2002.

<sup>1075</sup> DAVIN, João - A criminalidade organizada transnacional – A Cooperação Judiciária e Policial na EU Ed. Almedina – 2007, pág. 3. El ilustre Procurador-Adjunto de la Fiscalía de Portugal pone de relieve en su obra que la criminalidad organizada tiene en la actualidad un matiz transnacional creciente, lo que obliga a una nueva mirada sobre el problema.

<sup>1076</sup> Sin poder abarcar muchos aspectos del asunto en este pequeño informe, recuerdo como referencia sobre el tema el brillante estudio del Fiscal Juan Moral de la Rosa, en su libro “Aspectos penales y criminológicos del terrorismo” donde realiza un estudio histórico y jurídico del fenómeno terrorista desde la esfera criminal y social, tratando de las similitudes y diferencias entre el llamado terrorismo autóctono de España y el terrorismo en el resto del mundo (con especial referencia al fundamentalismo islámico, sobre todo a partir de los ataques del 11-S y 11-M). En el enfrentamiento del tema que nos ocupa, también quisiera hacer constar el apoyo recibido del amigo Antonio del Moral, otro compañero Fiscal muy dedicado al estudio de la materia.

Como hemos mencionado, en el ámbito de la Unión Europea, la legislación penal se ha modificado gradualmente para alcanzar metas mínimas de seguridad<sup>1077</sup>.

Específicamente en la *vertiente económica del combate al terrorismo* han surgido nuevos planteamientos y alternativas tales como la tipificación penal de determinadas conductas que favorezcan el fortalecimiento estructural de las organizaciones criminales.

Pienso que esta es la realidad que ha llevado España a introducir cambios en su legislación para adecuarse a la política-criminal internacional en el campo de la lucha antiterrorista y el combate al blanqueo de capitales.

No obstante, ambas realidades (el *blanqueo* y la *financiación del terrorismo*) han estado muy imbricadas en las últimas décadas, ya que el legislador nacional ha repetido tendencias en el sentido de tratar el tema de manera conjunta, sin una reflexión más profunda acerca de la necesidad de cuidar de fenómenos que son, por su naturaleza, diferentes.

Tal afirmación no significa que se niegue la necesidad de criminalización de la conducta de *financiación del terrorismo*. Estamos de acuerdo con una política criminal que defiende la tipificación autónoma de la financiación del terrorismo como algo prioritario. Esta postura es coherente con la línea seguida por del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>1078</sup> y la estrategia defendida en el ámbito de otros organismos

---

<sup>1077</sup> Manuel PORTERO HENARES ofrece una interesante síntesis de la regulación penal sobre el terrorismo en Europa de acuerdo con esta realidad: *Regulación penal sobre terrorismo en los países miembros de la Unión Europea* (in *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, Editorial Bomarzo, 2007, páginas 257/281).

<sup>1078</sup> Desde 1999, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha dictado diversas resoluciones relativas al financiamiento del terrorismo (inicialmente la 1275/1999, la 1333/2000, la 1363, 1373 y 1377/2001, la 1390 de 2002 y la 1452-1455/2003). De especial importancia para el tema que nos ocupa es la Resolución 1373 del 2001 la cual establece dos vertientes fundamentales: de una parte propone normas internacionales para combatir el financiamiento del terrorismo y por otra adopta disposiciones relativas al congelamiento de activos de terroristas. La idea central de la normativa de las Naciones Unidas es animar a los Estados a prevenir y reprimir la financiación de los actos de terrorismo, y así tipificar como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualquier medio, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo. La referida Resolución requiere a los Estados que “prohíban a sus nacionales o a todas las personas y entidades en sus territorios que pongan cualesquiera fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos de otra índole, directa o indirectamente, a disposición de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo o faciliten su comisión o participen en ellos de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas o bajo sus órdenes”. Dentro de un contexto de cooperación internacional, requiere de los Estados abstenerse de proporcionar apoyo a los terroristas, tomar medidas para prevenir actos de terrorismo, denegar refugio a terroristas y a quienes financian actos de terrorismo, enjuiciar a tales personas,

internacionales como el Grupo de Acción Financiera –GAFI. Todas estas iniciativas han generado reglas y principios que justifican el tratamiento de la financiación del terrorismo como un delito autónomo a nivel mundial, y pienso que tal conclusión es correcta.

Observando los aspectos prácticos de la lucha contra la financiación del terrorismo y sus confluencias con otras formas de criminalidad, especialmente el blanqueo de capitales, HINOJOSA MARTÍNEZ afirma: “en mi opinión, no se debe separar de manera radical el tratamiento de la financiación del terrorismo del blanqueo de dinero: no sólo porque muy a menudo los grupos terroristas recurren al blanqueo de fondos ilegales como fuente de financiación, sino también porque las técnicas de investigación financiera para esclarecer el entramado económico de una acción criminal, ya se trate de un delito o de un atentado, son muy similares. Es en la investigación preventiva donde la financiación del terrorismo concita un mayor número de especificidades, ya que los servicios de inteligencia desempeñan ahí un papel prioritario e insustituible”. Sin embargo este autor hace una importante matización: “Ahora bien, tanto desde un punto de vista conceptual, como desde una perspectiva legislativa, el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo deben distinguirse y ser objeto de un tratamiento diferenciado. La realidad de la financiación del terrorismo se muestra mucho más variada y heterogénea que el blanqueo de dinero, ya que los fondos que alimentan a los grupos terroristas tienen en muchos casos un origen legal. Las organizaciones terroristas pueden operar con una estructura financiera muy reducida, ya que no buscan el enriquecimiento personal, y el coste de un atentado puede ser mínimo<sup>1079</sup>.”

Defiendo este punto de vista en razón de la denominada “*internacionalidad*” de la *financiación del terrorismo*, característica bien identificada por MERINO HERRERA cuando afirma que “en este contexto, conviene resaltar la *internacionalidad* de las modalidades de financiación del terrorismo que contempla el artículo 2 de la “Convención internacional para la represión de la financiación del terrorismo”, aspecto que puede verificarse si se recurre al artículo 3 de este mismo convenio, en el que,

---

proporcionar a otros Estados el máximo nivel de asistencia en lo que se refiere a las investigaciones o los procedimientos penales, e impedir la circulación de terroristas o de grupos terroristas mediante controles eficaces de las fronteras y aduanas.

<sup>1079</sup> Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas, op.cit., pág.222.



básicamente, se establece que éste no será aplicable cuando medien en el hecho los elementos cumulativos de que “el delito se haya cometido en un solo Estado, el presunto delincuente sea nacional de ese Estado y se encuentre en el territorio de ese Estado y ningún otro Estado esté facultado para ejercer la jurisdicción [...]”. Quiere ello decir, por lo tanto, que el instrumento se aplicará si con el delito se afecta el orden interno de cuando menos dos Estados o si en su prevención, persecución y castigo como mínimo están involucrados dos Estados signatarios, de suerte que si no da cualquiera de estas circunstancias queda en manos del Estado directa y únicamente afectado conocer del asunto y enjuiciar a los autores. En fin, en este caso encaja la idea de que el concepto normativo de terrorismo internacional abarca toda acción, práctica, táctica o estrategia de carácter terrorista que, por una u otra razón, vaya más allá de las fronteras de un Estado.”<sup>1080</sup>

En este contexto, parece razonable defender la *autonomía típica del delito de financiación del terrorismo* frente a otras figuras penales. Sin embargo, este planteamiento no será, por supuesto, algo exento de polémica y de críticas.

Por otro lado, la superposición de dicha figura penal a los demás comportamientos típicos preexistentes (tales como la cooperación con el terrorismo, el encubrimiento o el concurso con el propio delito de terrorismo) y la cuestión del *bien jurídico*, son problemas de gran calado. No obstante la normativa internacional sobre el tema indica la necesidad de que tal comportamiento tenga identidad penal y cobre su protagonismo punitivo. En el escenario internacional es posible identificar un claro mensaje hacia la tipificación independiente de la financiación del terrorismo, y esta tendencia parece ser definitiva.

## **9.2 La financiación del terrorismo en el ámbito de la ciberseguridad (la criminalidad del futuro). Especial referencia a la *ciberfinanciación* del terrorismo.**

El problema de *las nuevas amenazas a la seguridad* y sus relaciones con las nuevas tecnologías, el terrorismo, su financiación, y la criminalidad organizada, representa un asunto de gran importancia y actualidad<sup>1081</sup>. El delito es un problema social y como tal ofrece una variedad de consecuencias sobre la trayectoria del hombre,

---

<sup>1080</sup> Cfr. MERINO HERRERA, J.: Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo, op. cit. pág. 156.

<sup>1081</sup> Este tema ha sido seleccionado por el área de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universitat Jaume I de Castellón, como eje del “Congreso Internacional sobre Nuevas amenazas a la Seguridad Nacional” celebrado los días 17 y 18 de octubre de 2011, del cual he participado como ponente.

tanto en sus relaciones con otros como en lo relativo a la conciencia social, suscitando una necesidad de respuesta colectiva.<sup>1082</sup> A su vez, la acción humana, como base del delito en el ámbito de la delincuencia informática, conlleva una magnitud cualitativa y cuantitativa bastante expresiva, y maximiza sus efectos. Por tal motivo este tipo de delincuencia requiere, particularmente, una *reacción* por sus efectos no solo en el ámbito de lo privado sino en el contexto público, pues trasciende del ámbito local e interior del individuo, amenazando *valores sociales* muy relevantes. La globalización y la velocidad con que las comunicaciones se establecen en la actualidad acaban por afectar de igual modo a todas las comunidades, ya que interaccionan con valores universales. En consecuencia, los Estados, en función de sus características culturales, económicas, políticas y sociales ofrecen distintas estrategias para alcanzar soluciones eficaces a tal problemática. Este conjunto de características guarda relación con el proceso de *reformas legislativas* producidas en los diferentes países - sean penales o no - y las convierte en elemento capaz de ilustrar el proceso evolutivo de la adaptación del Estado a las peculiaridades jurídicas y sociológicas de nuestros tiempos recientes. En este contexto, es cierto afirmar que también el Derecho Penal es llamado a asumir su papel frente a las nuevas tecnologías de la información. La ciencia del Derecho también tiene por delante la difícil tarea de adaptarse a una nueva realidad y ofrecer sus respuestas al problema del delito. La norma penal también juega un papel fundamental en este escenario y tiene que cumplir su función de protección a los bienes jurídicos fundamentales. Por tal motivo, describimos el estado de la cuestión en Brasil, una sociedad que puede ser considerada joven y en pleno desarrollo de sus estructuras fundamentales, pero que juega un papel fundamental en el escenario mundial, principalmente en función del impulso macroeconómico vivido en los últimos años, la apertura de su economía al mundo globalizado y la redemocratización del país, factores que se dieron en las dos últimas décadas. Este conjunto de circunstancias ha incrementado la influencia del país en el escenario de las naciones y sus relaciones con el ambiente geopolítico de Latinoamérica. En consecuencia, los cambios legislativos que se pretenden plasmar en el ordenamiento jurídico brasileño influyen cada vez más

---

<sup>1082</sup> Sobre la materia el interesante trabajo de LAUER, Robert H. *Defining Social Problems: Public and Professional Perspectives Social Problems*. Report of Southern Illinois University at Edwardsville. Vol. 24, n° 1, 1976 p. 122-130. Editorial de la Universidad de California, que también menciona los estudios de Gerald Leslie y Paul Horton, que desde hace mucho señalaban que “los problemas sociales suscitan un malestar generalizado y constituyen una condición que afecta a un número importante de personas, de modo a ser considerado inconveniente y que, según se cree, debe corregirse mediante la acción social colectiva” Cfr. HORTON, Paul B. y LESLIE, Gerald R.. 1965. “The sociology of social problems”. Ed. Englewood Cliffs. N. Jersey.

en los demás países, no solo por ofrecer un mejor marco de seguridad para las relaciones jurídicas y comerciales internas y externas, sino por favorecer el establecimiento de un paradigma regional capaz de influir de diferentes maneras en la construcción de estrategias globales de persecución de la delincuencia informática.

De acuerdo con buena parte de los sectores de inteligencia de distintos países y en base a algunos estudios realizados por empresas y ciertos organismos especializados en la materia<sup>1083</sup> las diferencias de seguridad entre países son preocupantes. Es verdad que es muy difícil llevar a cabo una clasificación de los niveles de seguridad y preparación de las naciones frente al problema, pero la realidad cotidiana y algunos datos muestran que ciertos países están muy avanzados en sus sistemas de protección (por ejemplo, Israel, Suecia y Finlandia). De manera semejante algunas naciones se han destacado por debatir ampliamente el tema (como los EE.UU., Reino Unido, Francia, España, Dinamarca y Alemania) así como existen Estados en que la integración internacional es cada vez mayor (v.g. Australia, Austria, Italia, Canadá y Japón). Por otro lado, hay naciones en las que la complejidad de la cuestión sigue siendo un factor espinoso, principalmente teniendo en cuenta sus estructuras políticas y económicas muy específicas y particulares. Algunos buenos ejemplos de Estados con este perfil son China, India, Rusia, México y en especial el caso de Brasil. De cualquier manera, en todas partes existe una creciente conciencia de que es vital y urgente la necesidad de construir estructuras permanentes, tanto técnicas como legales, y de *carácter preventivo*, para hacer frente a la delincuencia virtual. Además, la cooperación internacional - que al fin y al cabo depende tanto de la voluntad política de los gobiernos - ocupa un lugar destacado en el proceso de contención de estas formas delictivas, pues proporciona una mejora de medios técnicos y científicos imprescindibles para el desarrollo de instrumentos capaces de limitar, contener y luego

---

<sup>1083</sup> Sobre el tema, por ejemplo, los informes de "McAfee" y de organizaciones como "Security & Defence Agenda - SDA". El Programa de Seguridad y Defensa fue lanzado como un punto de encuentro neutral para la defensa y los especialistas en seguridad de la OTAN y la Unión Europea. La SDA se ha convertido, desde 2002, en un importante foro para la discusión de políticas de defensa y de seguridad. El último informe de la organización sobre la seguridad cibernética está basado en más de 80 entrevistas con especialistas de alto nivel y responsables de políticas y una encuesta de 250 expertos de todo el mundo, y fue publicado en Febrero de 2012. El texto ha destacado que el tema está relacionado con la controvertida cuestión de las reglas globales y trata de clasificar los diversos casos y problemas de las naciones en términos de ciber-cooperación. En definitiva reconoce que los algunos países han reaccionado mucho antes que otros ante el problema. Para una consulta más amplia véase el contenido del informe en: [http://www.securitydefenceagenda.org/Portals/14/Documents/Publications/SDA\\_Cyber\\_report\\_FINAL.pdf](http://www.securitydefenceagenda.org/Portals/14/Documents/Publications/SDA_Cyber_report_FINAL.pdf)).

vencer esta nueva categoría de amenazas. En un análisis de perspectivas, la *prevención* se presenta como un elemento fundamental y debe ser preferente en relación a la represión, pues una vez consumado el delito, sus consecuencias en términos de seguridad nacional pueden ser desastrosas y muchas veces irreparables.

El ámbito virtual, el ciberespacio representado por la red mundial de ordenadores, no ha sido tratado históricamente en Brasil de la misma forma que en otros países. A diferencia de Estados Unidos y naciones que han tenido en los últimos tiempos graves problemas de seguridad en función de fenómenos como el terrorismo, la criminalidad organizada y económica, la seguridad cibernética brasileña ha sido concebida, fundamentalmente, para proporcionar cierta protección a las estructuras internas de la economía local, al mercado financiero, y a los sistemas nacionales de comunicación, privados o públicos.

La situación de Brasil es muy preocupante<sup>1084</sup>: el incremento de casos *graves de ataques* a sistemas informáticos del gobierno, *la existencia de grupos terroristas de corte islámico actuando a través de la propaganda terrorista y la captación de dinero para la causa terrorista*, el avance exponencial de los fraudes en el sector bancario y los graves casos de corrupción pública ocurridos en la última década han revelado la alarmante situación de que los delincuentes virtuales están cada vez más presentes en el escenario del delito. Existen, además, un factor que demanda especial atención en la actualidad: los Juegos Olímpicos de 2016. La preocupación de las autoridades públicas se ha incrementado por cuenta de tales eventos, y la presión internacional por un sistema informático más seguro es considerable.

En el *ámbito económico*, es importante considerar que el país tiene uno de los sistemas bancarios más desarrollados del mundo, y el número de usuarios de *netbanking* es creciente a cada día. Enormes cantidades de capital circulan por medio de ordenadores y los delitos cometidos por medio de Internet, fraudes y accesos indebidos, son muy frecuentes. El sistema industrial está en franco desarrollo y el espionaje

---

<sup>1084</sup> En el año 2011 se han producido graves violaciones de seguridad a sistemas del gobierno brasileño, incluso en los sitios de Internet de la Presidencia de la República (la página web tuvo más de 340 millones de accesos en una hora) y de la Hacienda Pública. También han sido objeto de ataque empresas públicas estatales, como la petrolera Petrobrás, con daños considerables. Además, han ocurrido ataques a universidades públicas (Universidade de Brasília) e importantes empresas del sistema informático (la página web de Microsoft), industriales y financieros. En junio de 2011 *hackers* han atacado más de 20 páginas del gobierno. Ataques a los sistemas del ejército han producido la revelación de datos de más de mil funcionarios.

empresarial es una realidad en el país, convirtiéndose en una de las principales preocupaciones de las fuerzas de seguridad.

Esto pone de relieve las estrechas relaciones que existen entre la delincuencia y el mundo de las finanzas, sobre todo en una economía emergente como la de Brasil<sup>1085</sup>. Como señala ROMEO CASABONA las nuevas tecnologías de la información y la comunicación están siendo la fuente de modificaciones estructurales en las diferentes sociedades, produciendo cambios significativos de valores y la ampliación de las categorías de intereses y bienes jurídicos de amplia transcendencia, tanto individual como colectiva. Particularmente en el ámbito de la economía, la nueva sociedad de la información se presenta bastante vulnerable a una serie de nuevos riesgos y ataques, razón por la cual existe evidente interés por parte del Derecho Penal en esta materia<sup>1086</sup>.

Desde una perspectiva histórica cabe recordar que *Brasil ha sido refugio histórico de muchos delincuentes internacionales, y cada vez más las redes terroristas internacionales* y la criminalidad organizada (fundamentalmente el narcotráfico) buscan el país como un lugar seguro para conquistar aliados y seguidores, buscar la *financiación* de sus atentados, invertir sus ganancias o practicar ataques desde la red brasileña de Internet. Concretamente en el ámbito del *terrorismo* y su *financiación* la situación de Brasil es por lo tanto muy preocupante, pues los principales grupos terroristas de la actualidad se encuentran presentes en el país<sup>1087</sup>, actuando principalmente en la *recaudación de fondos* y en la propagación de sus ideas.

---

<sup>1085</sup> De acuerdo con el Banco mundial y según el más reciente estudio del Centro británico de Investigaciones en Economía y Negocios (CEBR), la economía de Brasil superó a la de Gran Bretaña y ya es la sexta mayor del mundo. En la actualidad la población de Brasil, de 200 millones de personas, es equivalente a unas tres veces más que la de Gran Bretaña. La economía brasileña creció 7,5% en 2010 pero el Gobierno decidió reducir drásticamente sus proyecciones para 2011 en función de la crisis internacional. De todas formas el CEBR predijo que la economía británica superará a la de Francia (actualmente, la quinta mayor del mundo) en 2016.

<sup>1086</sup> Así, “En el contexto de este período de transformación están surgiendo paralelamente unos valores nuevos de indiscutible trascendencia individual y colectiva: el de la información sobre la información, la información como valor económico en sí misma y, por supuesto, el de los soportes y medios tecnológicos que los sustentan, cuya repercusión en el ámbito económico no es puesta en duda ni por los más escépticos.” Cfr. ROMEO CASABONA, Calos María - *Las nuevas tecnologías de la información: un nuevo desafío para el Derecho* – en Quaderns Digitals, nº 15. ISSN :1575-9393.

<sup>1087</sup> De acuerdo con informaciones de la Policía Federal brasileña, Interpol y el FBI (EUA) están presentes en Brasil las siguientes organizaciones: a) Al Qaeda; b) Jihad Media Battalion; c) Hezbollah; d) Hamas; e) Jihad Islamica; f) Al-Gama’a al-Islamiyya. Por ejemplo, ha tenido gran repercusión la investigación de la policía federal que, hace algunos meses, ha notificado la detención de Khaled Hussein Ali, investigado por realizar propaganda en favor de Al Qaeda. Esta investigación de la Policía Federal ha contado con la cooperación del FBI, que informó de la ubicación de Khaled Hussein Ali, y el IP de su ordenador. Hay sospechas de que Internet se utilizó para reclutar y entrenar a militantes en otros países, financiar actividades, y proporcionar apoyo logístico y el reconocimiento de posibles objetivos terroristas.

Si por un lado el Estado brasileño ha apoyado las iniciativas internacionales orientadas a combatir y reprimir el terrorismo mundial, frente a las cuales manifiesta su disposición y ánimo de permanente colaboración, por otro, *todavía no existe en el país la tipificación del terrorismo como un delito autónomo, y por consiguiente no existe la figura de financiación del terrorismo.*

Sin embargo, y como hemos antes afirmado, de las 13 Convenciones de Naciones Unidas sobre el Terrorismo, Brasil ha ratificado a 12, estando pendiente en el Congreso de los Diputados la Resolución nº 1564 que trata del Terrorismo Nuclear (Proyecto de Decreto Legislativo 10/07 – 06/06/2007). En la Constitución Federal existe un Principio Fundamental de rechazo al terrorismo (art. 4º VIII) que está considerado un delito que no tiene derecho a la libertad provisional o a la amnistía (art. 5º XLIII). La única referencia al terrorismo es la mencionada en la Ley de Seguridad Nacional (nº 7.170/83) que por ser del tiempo de la dictadura militar tiene cuestionable aplicabilidad constitucional. Hay muchos proyectos en curso en el Congreso, y un estudio muy avanzado por parte del Gabinete de Seguridad Institucional, pero todavía, como he dicho, no hay una perspectiva de que sea aprobada en breve una ley especial a tal efecto.

Es importante destacar que tanto el terrorismo como la *financiación del terrorismo* han sido incorporados como un delitos antecedentes en la primera Ley de Blanqueo de Capitales (Ley nº 9613/98) brasileña, y después tal referencia ha desaparecido pues fue eliminado el listado de delitos antecedentes del blanqueo, siendo suficiente en la actualidad cualquier infracción penal<sup>1088</sup>.

---

<sup>1088</sup> La noticia más reciente y relevante sobre el tema fue la incorporación en la reforma de la Ley de Blanqueo de Capitales (Ley nº 9.613/98) de la tipificación de la financiación del terrorismo. El *Proyecto* define la siguiente redacción al nuevo artículo 1º de la Ley Antiblanqueo en lo que se refiere a la cuestión: "La Ley N º 9613, 1998, entrará en vigor con la siguiente redacción: Artículo 1-A - Proveer, directa o indirectamente, de bienes, derechos o valores, persona o grupo de personas que practican delito contra la persona con el fin de infundir pánico en la población, obligar al Estado democrático u organización internacional a realizar o abstenerse de actuar. Pena: prisión de cuatro a doce años y una multa. Párrafo único. Incurrirán las mismas penas que los que, directa o indirectamente, haga la recaudación o reciba bienes, derechos o valores: I - para emplear, en todo o en parte en crímenes contra la persona con el fin de infundir pánico en la población, para obligar al Estado democrático o una organización internacional a realizar o abstenerse de actuar, y II - que les proporcione a persona o grupo de personas con el fin de infundir pánico en la población, para obligar al Estado democrático o una organización internacional a actuar de cierta forma".

Se espera que el país, al menos en el ámbito del terrorismo, y su financiación, adopte actitudes más positivas y contundentes para lograr la creación de una legislación específica y una política-criminal efectiva en la materia.

Sobre las *actividades terroristas* - bajo mi experiencia como Fiscal de Justicia dedicado a este tema hace más de dos décadas – puedo mencionar que en la actualidad se investigan en Brasil principalmente: a) la recaudación de fondos para la causa terrorista; b) la transmisión de videos, la traducción de manuales; c) la coordinación a distancia de actividades; d) la propaganda ideológica; e) la venta de productos y gestión de bienes por grupos terroristas; f) los fraudes cometidos por organizaciones terroristas.

Las fuerzas de seguridad y la Fiscalía han constatado la utilización de sofisticados programas de criptografía como el de Al Qaeda (el intrincado “Mojahideen Secrets 2.0”) y la transmisión de mapas estratégicos a Afganistán y otros sitios de conflicto. Además, existen informes que dan cuenta de la difusión de textos de las brigadas al-Qassam (Hamas), y el envío desde Brasil de virus a terroristas detenidos (para borrar datos como forma de su protección) y de enormes cantidades de *spams* a los servicios de inteligencia de muchos países. Estas investigaciones han detectado el *envío de millones de dólares a Oriente Medio desde Brasil, captados para financiar el terrorismo*.

Las actividades de *publicidad del terrorismo*, que se realizan fundamentalmente por medio de Internet, tienen las siguientes características: a) utilización de diferentes lenguajes para diferentes públicos; b) la emisión de mensajes “personalizadas” para edades distintas, con contenidos adaptados a las culturas locales, y aproximaciones inicialmente amistosas con derivaciones posteriores ocultas de mensajes peligrosas; c) la divulgación de los ideales defendidos por las organizaciones; d) actividades para reclutar y entrenar militantes; e) la recaudación de fondos para potenciar la propaganda terrorista.

En términos concretos y de técnica investigativa, las fuerzas de seguridad están adoptando medidas para monitorear los sitios de Internet peligrosos, acompañar sus mensajes y aprender de esta comunicación en línea. Esta es una fuente muy importante de información acerca de quién lo emite, qué plan de acción tiene, y de que se está tratando. También se busca interferir en las comunicaciones, realizando el sabotaje de la información por medio de herramientas específicas o de virus especiales. Las

direcciones de Internet sospechosas pueden a la vez ser la fuente para tratar de encontrar personas que han publicado o están accediendo a su contenido. De todas las alternativas prácticas la más inviable parece ser la desactivación del sitio, ya que sus contenidos pueden volver rápidamente en una dirección mejor protegida.

Otro problema importante es el robo y falsificación de pasaportes en el país. Brasil figura en las principales investigaciones internacionales sobre el desvío de este tipo de documentos, cuyo comercio ilegal se hace también por la *web*.

Ante este escenario, es importante poner de manifiesto que el problema del *ciberterrorismo* se agrava considerablemente cuando constatamos la falta de una legislación específica para combatir al delito cibernético de manera uniforme y a la altura del problema concreto. También existe un consenso en el medio policial brasileño de que el país participa activamente de la *financiación* (recaudación de fondos) para ciberataques en otras partes del mundo. Hoy se habla en Brasil de la *ciberfinanciación del terrorismo*.

En el plano legislativo, en Brasil existe tan solo y prácticamente un proyecto de ley sobre la delincuencia informática y su texto ha estado pendiente en el Congreso desde hace muchos años. La redacción final de la que pretende ser la futura ley sobre delitos informáticos de Brasil se encuentra en fase final de aprobación. Lo que se puede afirmar en definitiva es que, en la actualidad, los instrumentos legales para combatir los delitos informáticos y los ataques por medio de la red todavía son precarios. Las fuerzas de seguridad, jueces y fiscales están obligados a buscar en una legislación dispersa, compuesta de muchos textos legales que se ocupan de diferentes materias, lo que dificulta, en mucho, el trabajo diario. Esta deficiencia legislativa es común en América Latina y el Caribe, donde la mayoría de los países carecen de un sistema normativo uniforme sobre el tema. A continuación se hará un comentario sobre la legislación del país.

En términos de estructuras públicas el país está pasando por un proceso de desarrollo y debate. Aunque la administración pública cuente con cerca de dos millones de funcionarios, tan solo una pequeña fracción de ellos trabajan con exclusividad en sectores relacionados con la *ciberseguridad* y la *prevención de la financiación del terrorismo* por medio de Internet. Es verdad que han surgido iniciativas muy importantes en los últimos años desde diferentes ámbitos. Además de intentar promover



el dialogo con los países de su entorno, para la creación de una cultura de seguridad cibernética en América del Sur, Brasil ha lanzado la idea de creación de un marco jurídico regional sobre el delito cibernético, en paralelo al Convenio de Budapest, que se considera demasiado eurocéntrico. Además, para tratar de cubrir estas deficiencias, en 8 de mayo 2008, el Gobierno Federal estableció una nueva estructura en la organización de la Administración Pública Federal. Fue instituido el Departamento de Seguridad de la Información y las Comunicaciones - DSIC, subordinado al Gabinete de Seguridad Institucional de la Presidencia de la República (GSI / PR). El DSIC se ha creado con la misión de regular las actividades de seguridad de la información y las comunicaciones en el gobierno federal para capacitar a los recursos humanos dedicados a la actividad y acreditar a los individuos y las empresas para hacer frente a asuntos confidenciales con los organismos gubernamentales. También gestiona el Centro para el Tratamiento y la Red de Respuesta a Incidentes - Gobierno CTIR Federal<sup>1089</sup>.

También han sido creados el Centro de Ciberdefensa del Ejército (CDCiber) subordinado al Estado Mayor del Ejército y el Centro de Comunicaciones de Guerra Electrónica del Ejército de Brasil (CCOMGEX), órganos públicos especializados en ciberseguridad que mantienen relaciones con el sector privado para facilitar la orientación y prevención del ciberdelito.<sup>1090</sup> A nivel de los Estados Federados fueron creadas unidades especializadas en delitos informáticos, comisarías y centros especializados de investigación, como el DIG-DEIC – en São Paulo, el DERCIFE en

---

<sup>1089</sup> Sus objetivos principales son: 1. Adoptar las medidas necesarias y coordinar el funcionamiento del Sistema de Seguridad y Acreditación - SISEC, de personas y empresas, para hacer frente a los problemas, y manejar la tecnología sensible; 2. Planificar y coordinar la ejecución de las actividades de la seguridad cibernética, la seguridad de la información y las comunicaciones en la administración pública federal; 3. Establecer los requisitos metodológicos para la aplicación de la seguridad cibernética y la seguridad de la información, agencias de comunicación y entidades del Gobierno Federal; 4. Operar y mantener el centro de tratamiento y respuesta a incidentes en las redes informáticas del Gobierno Federal; 5. Estudiar y aplicar las leyes relacionadas con las propuestas sobre cuestiones relacionadas con la seguridad cibernética, la seguridad de la información y las comunicaciones; 6. Evaluar los tratados, acuerdos o actos internacionales relacionados con la seguridad cibernética y la seguridad de la información; 7. Coordinar la implementación de un laboratorio de investigación aplicada para el desarrollo de la innovación y metodológicos, así como productos, servicios y procesos dentro de la seguridad cibernética y la seguridad de la información y las comunicaciones, y 8. Realizar otras actividades que determine el Ministro o el Secretario Ejecutivo.

<sup>1090</sup> Por ejemplo, la prensa ha publicado que la empresa española de seguridad Panda Security y el Ejército de Brasil han firmado un acuerdo a finales de octubre de 2010 para desarrollar la profesionalización de las capacidades operacionales de las fuerzas de seguridad en la lucha contra el ciberterrorismo y los crímenes virtuales. El acuerdo incluye la preparación estratégica para potenciales intervenciones en caso de guerra cibernética. En Brasil, el Centro de Comunicaciones de Guerra Electrónica del Ejército de Brasil (CCOMGEX) tiene como objetivo trabajar en la formación de personal del Ejército, policías de investigación científica y forense, buscando responder rápidamente a ataques o códigos dañinos que afecten el sistema de comunicación o la red nacional de ordenadores.

Belo Horizonte capital del Estado de Minas Gerais y el DRCI en Río de Janeiro. Otra importante iniciativa del gobierno de Brasil fue la publicación del “Libro Verde de Seguridad Cibernética en Brasil”<sup>1091</sup> elaborado por el Departamento de Información y Seguridad de las Comunicaciones en el ámbito del Gabinete de Seguridad Nacional de la Presidencia de la República. El documento, que es público, ha sido organizado por los expertos Raphael Mandarin Junior, Director del DSIC / GSIPR y Coordinador del GT SEG CIBER y Claudia Canongia, asesora del DSIC / GSIPR, y miembro del GSIPR SEG GT CIBER. El documento ha sido publicado a finales de 2010, y consiste en un manual que agrupa las normas básicas sobre la materia y ofrece propuestas a fin de iniciar un amplio debate social en el campo de la seguridad cibernética en Brasil. El objetivo central es fortalecer lineamientos estratégicos para el establecimiento de la Seguridad Cibernética Nacional, dentro de una visión de articulación del corto (2-3 años), mediano (5-7 años) y largo plazo (10 - 15 años) que abarca, como punto de partida, los siguientes vectores: el político y estratégico, económico, social y ambiental, la educación, la cooperación jurídica internacional, y la seguridad de infraestructuras críticas. De otra parte, el Grupo Técnico de Seguridad Cibernética (SEG GT CIBER) fue establecido como parte de las Relaciones Exteriores de la Cámara y Defensa Nacional (CREDEN). A su vez, el Consejo de Gobierno tiene como objetivo proponer lineamientos y estrategias para la seguridad cibernética y está compuesto por los siguientes organismos: Gabinete de Seguridad Institucional de la Presidencia (GSIPR - DSIC y la ABIN), Ministerio de Justicia (MJ y DPF), Ministerio de Asuntos Exteriores (MAE), Ministerio de Defensa (MD), y los comandos de la Armada, el Ejército y la Fuerza Aérea. La coordinación del Grupo Técnico es ejercida por el Gabinete de Seguridad Institucional de la Presidencia (GSIPR), a través de su Departamento de Información y Comunicaciones de Seguridad (DSIC).

Otro importante campo para ser desarrollado lo constituye, sin duda, el *proceso penal* y el espacio de la *prueba*. Los avances y cambios introducidos por las nuevas tecnologías de la información han proporcionado, por un lado, nuevas técnicas de trabajo por parte de las autoridades policiales, pero también han aportado nuevos desafíos y retos. Precisamente en esta materia, todavía existe una carencia enorme de criterios claros y precisos capaces de orientar la política criminal con seguridad y

---

<sup>1091</sup>

Que está disponible en Internet:  
[http://dsic.planalto.gov.br/documentos/publicacoes/1\\_Livro\\_Verde\\_SEG\\_CIBER.pdf](http://dsic.planalto.gov.br/documentos/publicacoes/1_Livro_Verde_SEG_CIBER.pdf)

coherencia. En Brasil no se ha logrado hasta el momento una regulación del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito procesal penal. No existen investigaciones amparadas por el Estado en este ámbito, y solo se cuenta con algunas iniciativas aisladas y puntuales de estudio del tema. Igualmente, la reflexión constitucional sobre el problema es casi nula. Por otra parte, es crucial que exista un debate más amplio sobre temas como la producción de la prueba en el campo de las nuevas técnicas de investigación (incluso sobre sus limitaciones y mecanismos de control)<sup>1092</sup> y el intrincado problema de los límites al procesamiento de datos personales por parte del Estado y de ciertas empresas del sector privado (como los servidores de Internet). En el escenario jurídico nacional todavía es necesaria la creación de un sistema de normas capaces de posibilitar el control judicial previo y eficaz tanto de los procedimientos ordinarios de investigación de perfil tecnológico como las desarrolladas por los servicios de inteligencia, tema espinoso y de difícil tratamiento. Por otro lado, temas clave como la intromisión en el derecho constitucional a la intimidad personal, profesional o familiar, y la utilización de técnicas policiales de investigación con base en las tecnologías de la información<sup>1093</sup> todavía carecen de un tratamiento jurídico adecuado en el país. Por tal motivo es que se espera la adopción de una legislación más detallada sobre el asunto, lo que permitiría un control externo de tales actividades, evitando una intromisión indeseada y desmedida en el derecho a la intimidad. En medio a tales constataciones sobresale la necesidad de que exista un creciente perfeccionamiento de los propios organismos de seguridad del Estado, principalmente de las fuerzas policiales responsables de la recogida de la prueba en los delitos cibernéticos, así como de los cuerpos técnicos especializados en la materia. Semejante planteamiento supone una reflexión sobre los límites de la producción probatoria y abre camino a que se alcance

---

<sup>1092</sup> Sobre el tema véase el importante trabajo de GONZÁLEZ CUSSAC *Intromisión en la intimidad y servicios de inteligencia*, en AAVV *Un Derecho Penal Comprometido*. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Valencia, 2011, pág. 267-294. En su estudio el autor subraya que “el secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental que coexiste en un sistema de derechos fundamentales y otros intereses legítimos del Estado. Por consiguiente, cualquier limitación a este derecho pretendida por el Estado debe reunir tres requisitos, conforme la jurisprudencia constante tanto española como europea: estar dirigida a satisfacer una finalidad legítima; debe hallarse prevista en la ley; y, ha de ser necesaria en un Estado democrático de Derecho.” (Del mismo autor, el artículo “Intromisión en la intimidad y CNI: crítica al modelo español de control judicial previo” publicado en la revista *Inteligencia y Seguridad: Revista de Análisis y Prospectiva*, nº 15, enero/junio, 2014).

<sup>1093</sup> Todavía no es suficientemente claro el procedimiento legal sobre: a) prácticas de seguimiento de personas por medios de aparatos que utilizan el Global Positioning System – GPS, cuando los afectados no conocen que están siendo monitoreados; b) la utilización de dardos electrónicos lanzados en dirección a vehículos investigados en busca de descubrir su localización y trayecto de desplazamiento; c) la instalación y utilización de aparatos de rayos X en vehículos policiales con fines de investigación penal; d) el cruce de datos informáticos; e) la instalación dispositivos de alta tecnología en despachos, oficinas y domicilios.

una legislación más detallada y clara sobre la materia, lo que tendrá profundos efectos en el campo de las garantías penales<sup>1094</sup>. De todas formas, se augura un creciente desarrollo de la discusión científica y del interés por el problema en el ámbito procesal, lo que permite esperar que en un futuro cercano se creen condiciones para que el legislador pueda regular muchos aspectos que son vitales respecto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En lo que se refiere a la participación de Brasil en el escenario internacional del debate sobre ciberseguridad y acciones antiterroristas, los eventos más destacados fueron:

- a) En el ámbito de la OEA (Organización de los Estados Americanos), dentro de la "Estrategia Interamericana Integral para Combatir las Amenazas a la Seguridad Cibernética", con la finalidad de establecer un criterio para el desarrollo de un Marco Nacional de Seguridad Cibernética, se llevó a cabo del 16 al 20 de noviembre de 2009 un encuentro en Brasil donde han participado el Comité Interamericano contra el Ciberterrorismo (CICTE), la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL), y la Reunión de Ministros de Justicia o Procuradores Generales de las Américas (REMJA) además de altos cargos brasileños competentes en la materia.
- b) En 2009, el país ha participado por primera vez de la "Meridian Conference", reunión de alto nivel, al que asistieron expertos y miembros de gobierno de muchos países que trabajan en temas de seguridad de la información de infraestructuras críticas.

---

<sup>1094</sup> Con mucha lucidez GÓMEZ COLOMER, comentando la cuestión de la prueba prohibida, ha mencionado: "estoy convencido de que es preciso retomar las riendas de nuevo y con urgencia en tan delicada cuestión y volver a posiciones garantistas, contando esta vez con las experiencias prácticas que nos hicieron desviarnos del camino emprendido, por tanto sin ignorar las exigencias sociales que las motivaron, reforzando la legalidad de la investigación del crimen de manera que todos los que intervengan en ella estén lo suficientemente formados y capacitados como para evitar para siempre esos fallos técnicos causantes de nulidades procesales y motivadores subsiguientes de absoluciones indeseadas. La idónea formación policial en estos temas jurídicos aparece en este sentido como la primera meta a alcanzar para retornar al garantismo. Con ello se contribuiría además y notablemente a preparar a ese instrumento necesario que es el proceso, para que sirviera mejor y con mayor efectividad en la lucha contra los más execrables delitos y sus despiadados autores." El autor concluye además que: "El paso inicial más importante a dar para evitar males mayores, pues, en el tema de las prohibiciones probatoria, sería en mi propuesta intuitiva lograr en primer lugar una formación jurídica de los órganos de persecución penales, especialmente, de la Policía, y, en segundo lugar, regular legalmente con detalle todos los supuestos de prohibiciones probatorias, estableciendo normativamente también sus efectos procesales." Así: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. 2010. *Complejidades de la prueba en el proceso penal español moderno. Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI..* Buenos Aires, págs. 17-40.

c) En el año 2010 Brasil ha participado en París del “Working Party on Information Security and Privacy - WPISP”, y del “Committee for Information, Computer and Communications - ICCP”. En el ámbito de la "Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE," y el país ha presentado una propuesta para llevar a cabo "un estudio comparativo de las estrategias nacionales de ciberseguridad". Esta propuesta fue aceptada plenamente y ha sido creado un Grupo Especial que está presidido por el representante de Portugal ante la OCDE, con la participación de Portugal, EE.UU., Corea, Australia, Japón, España y Brasil.

d) En el ámbito de Naciones Unidas, Brasil ha actuado de forma destacada en los últimos años. Desde 2010 adquiere relevancia por su participación en el “Group of Governmental Experts” (GGE) on “Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security” (donde han sido debatidos temas como la no proliferación de la información y la libertad de expresión).

e) En el año 2011 el país ha participado de las discusiones sobre el “Programa de Seguridad y Defensa” que ha resultado en el documento publicado en Febrero de 2012 por la entidad, importante documento de la SDA (“Security & Defence Agenda”).

En resumen, la trayectoria evolutiva del tema en Brasil está en marcha y posiblemente pasará por profundas transformaciones en los próximos años. La falta de una armonización más profunda de la legislación penal en Brasil es un síntoma general arraigado al sistema y que históricamente ha sido muy común. Esto también ocurre en el campo de la delincuencia relacionada con las tecnologías de la comunicación y la información. El primer proyecto propuesto en relación con los delitos cibernéticos en Brasil se remonta a 1991 y se introdujo por el Senado. Este proyecto se detuvo en la Cámara de los Diputados, donde fue abandonado. Con posterioridad la propuesta legislativa más significativa que tuvo lugar en las Cortes legislativas fue el Proyecto 84/1999 que ha pasado muchos años en tramitación y que se encuentra en la actualidad aún bajo discusión. Otra importante iniciativa del Parlamento brasileño – la más polémica por cierto – es el actual Proyecto de Ley nº 89/2003. El texto con que se trabaja en la actualidad mantiene su foco principal en los *aspectos penales* de la cuestión de la seguridad en el ámbito del ciberespacio. Precisamente por ello, por centrarse básicamente en la represión penal de las conductas y por no tener un enfoque más amplio, es que muchos sectores de la sociedad civil, la prensa incluso, vienen

criticando el texto, que se muestra netamente represivo y de dudosos efectos preventivos a largo plazo. Tiene cierto sentido este tipo de debate que en la actualidad se desarrolla en Brasil. En primer lugar porque el marco legal de Internet y del mundo de las comunicaciones por la red, en este país, es bastante incipiente y poco claro. En Brasil existe un número considerable de normas que se ocupan del tema de manera no exclusiva, es decir, leyes penales especiales que contienen referencias puntuales a ciertas conductas practicadas por medio de ordenadores o sistemas de comunicación. Todo parece indicar que el tratamiento brasileño de la delincuencia relacionada con las tecnologías de la comunicación y la información podría tomar un giro relevante si el poder público encarase la cuestión de forma ordenada y completa, considerando la necesidad de un conjunto de normas armónicas y organizadas tanto en su contenido como en términos de estrategias de acción. Mis planteamientos pretenden que las características esenciales de la legislación penal brasileña relacionada con los delitos practicados en el ámbito virtual sea analizada en consonancia con lo que dispone el Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest<sup>1095</sup>. Es importante relacionar las normas penales brasileñas con el contenido de este importante tratado que establece las directrices para las leyes y procedimientos que deben hacer frente a la delincuencia virtual, pues el tratado pretende servir de paradigma para la creación de leyes en todo el mundo, obliga a los países a adherirse al mismo tratamiento de manera uniforme del delito cibernético y recomienda la creación de redes de contactos entre las fuerzas

---

<sup>1095</sup> El Convenio de Budapest (también conocido por Convención sobre Delitos Informáticos o Convenio sobre Ciberdelincuencia) es el marco internacional que cubre las áreas relevantes de la legislación sobre ciberdelincuencia, así como el derecho penal, derecho procesal y cooperación internacional (aunque su carácter prioritario sea la creación de una política penal contra los delitos virtuales). Fue adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Sesión N. 109 del 8 de noviembre de 2001. El texto presentó a firma en Budapest, el 23 de noviembre de 2001 y entró en vigor el 1 de julio de 2004. En abril de 2001 el Consejo Europeo publicó el proyecto destinado a armonizar las legislaciones en los estados miembros (47 miembros y 8 observadores al día de la fecha) y abierta a otros países. Es el único convenio que se encarga de la seguridad de la información y trata los delitos contra la Confidencialidad, Integridad y Disponibilidad de los datos y los sistemas informáticos. La posición manifestada por el gobierno de Brasil sobre el tema de la seguridad cibernética (con relevancia para los criterios de adopción de la Convención de Budapest) están bien descritos en el “Libro Verde de Seguridad Cibernética en Brasil” y fundamentalmente parecen indicar la idea de que la Convención de Budapest no sería suficiente para enfrentar los delitos cibernéticos en la actualidad, teniendo en cuenta los avances tecnológicos, y que el convenio no sería suficiente en términos de la cooperación internacional. Por lo tanto, como resultado de la Convención sobre el Ciberdelito, que se celebró en 2010 en Salvador de Bahía / Brasil, fue emitida una “Declaración” sobre el tema (firmada por 158 países) lo que abrió la oportunidad de crear un grupo para tratar el tema de manera más amplia. Esta iniciativa ha abierto la posibilidad de imaginar la adopción de una nueva convención, de carácter global, que tendría como punto de partida, la cooperación dentro del ámbito de los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica). El Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil subraya que el país tendrá un papel importante en la negociación del nuevo convenio, buscando un enfoque educativo, que se llevará a cabo en conjunto con países de nuestro entorno así como África del Sur. El nuevo grupo será presidido por el Embajador de Brasil en Viena.

policiales que estaban disponibles en tiempo integral. La Convención es supervisada por el Consejo de Europa, que también supervisa el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los países fuera del consejo están invitados a unirse al tratado. Hasta el momento 32 países han ratificado o se hayan adherido y otros 15 países firmaron el tratado, pero no lo han ratificado, precisamente, éste es el caso de Brasil. Parece correcto afirmar que los grandes problemas informáticos de la actualidad dependen de normas uniformes para hacer frente a los delitos cibernéticos. Por otro lado, estos delitos casi siempre involucran a delincuentes de otros países, lo que transforma la cooperación internacional en otro punto clave del sistema mundial de control del delito que se pretende establecer en el futuro. En definitiva, es fundamental que las naciones tengan leyes penales semejantes, lo que abre camino a procedimientos de investigación (como la interceptación de datos o de investigación en las computadoras) más uniformes y comunicantes. En este campo son esenciales unas reglas más claras sobre cómo se pueden acceder a los datos, donde se encuentran, y que tipos de pruebas electrónicas son consideradas válidas en cada ordenamiento jurídico. Mirando hacia el futuro, es fundamental destacar la necesidad de una constante planificación de la intervención amplia del Estado, que tienda a *prevenir* la incidencia del problema social en que se ha convertido el delito informático, que procure introducir las oportunas correcciones en los proyectos legislativos en curso, penales y no penales, sin comprometer, en absoluto, las libertades civiles y las históricas garantías individuales alcanzadas con tanto esfuerzo a lo largo de los últimos siglos<sup>1096</sup>. Esta intervención tiene que tener un carácter global y una perspectiva de acción internacional, pues la red de ordenadores es transnacional. Específicamente en el caso de Brasil, un país con tantas particularidades económicas y culturales, debatir el problema de las ciberamenazas implica a la vez desarrollar y perfeccionar las capacidades de gobernabilidad democrática, y conlleva garantizar la vigencia del Estado de Derecho, impidiendo la erosión de las garantías

---

<sup>1096</sup> Muy pertinentes son las conclusiones que figuran en el “Informe sobre los intentos de adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico: líneas de investigación y conclusiones” proyecto I+D dirigido por ROMEO CASABONA. Ministerio de Ciencia e innovación. SEJ2005-07489. 31/12/2005 – 31/12/2008. En las reflexiones sobre el tema se ha destacado en el proyecto que “la prevención de los delitos informáticos debe abordarse de una forma integral, es decir, en primer lugar, con el recurso simultáneo a medidas jurídicas penales y no penales, como p.ej., respecto a esto último, previsiones de Derecho Penal Procesal en relación con la obtención de medios de prueba en el ámbito informático y la identificación de los sujetos responsables” (p. 70). El estudio, reflexionando sobre las diversas formas de afrontar el problema de la cibercriminalidad, indica que la solución presenta un doble perfil de equilibrios: garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de la red, y, por otro lado, prevenir al mismo tiempo la conculcación de esos mismos derechos fundamentales o de otros, de la misma naturaleza fundamental, a través de la propia red” (p. 72). ROMEO CASABONA, C. (Editor). Editorial Comares, Año 2010, Madrid.

fundamentales y de los jóvenes sistemas políticos. La política criminal nacional podría tomar un giro relevante si el poder público encarase la cuestión de forma ordenada y completa, considerando la necesidad de un conjunto de normas armónicas y organizadas tanto en su contenido como en términos de estrategias de acción.

Las demandas constantes de seguridad - propias de la sociedad del riesgo - y factores excepcionales como la criminalidad organizada, el terrorismo o la delincuencia económica por medio de la ciberdelincuencia, condicionan el diseño legislativo de las naciones proporcionando una verdadera inflación legislativa de carácter fuertemente represivo. Por otro lado, paradójicamente, esta misma situación convive con la falta de recursos económicos o humanos, la falta de legislación específica, la falta de voluntad política y la falta de presión de los medios de comunicación y de los sectores implicados en el ámbito de la informática. El Derecho Penal es llamado a intervenir con el fin de establecer nuevas reglas de convivencia necesarias en un modelo de sociedad fuertemente influenciado por las tecnologías de la información. Pero esta intervención, que se espera esté basada en principios de garanticen el respeto de los valores fundamentales capaces de mantener el orden social no puede presentarse en forma de limitaciones a la libertad individual, que es un valor esencial en el marco social. La sociedad moderna está en continua y rápida transformación, lo que implica reconocer que el Derecho Penal también lo está, y en buena medida estas dos realidades (la transformación de la sociedad y las mudanzas en el ámbito del Derecho Penal) son



factores comunicantes y muy interdependientes.<sup>1097</sup> Bajo nuestro punto de vista, uno de los aspectos fundamentales en el campo de la ciberseguridad es la construcción de una política criminal basada en la *prevención*. Los avances tecnológicos implican que los efectos del delito se anticipen a la eficacia de la acción represiva del Estado, lo que convierte la prevención en algo muy importante en la lucha contra este tipo de delincuencia. Por otro lado, y muy probablemente, el punto ideal para ser alcanzado en el futuro se coloca en medio del camino entre la limitación excesiva de garantías penales y las tendencias coyunturales de inercia social de enfrentamiento del problema, buscándose simultáneamente un punto de equilibrio entre políticas intervencionistas y la preservación de la libertad<sup>1098</sup>, que es un elemento esencial tanto para el desarrollo de las nuevas tecnologías, del Derecho Penal, y de la propia sociedad moderna.

---

<sup>1097</sup> En este sentido tiene razón ROMEO CASABONA cuando afirma que la intervención del Derecho Penal “resulta irrenunciable cuando se asoman ulteriores peligros, según quedó dicho, inherentes las más de las veces al progreso científico y tecnológico. Si los nuevos medios de información y comunicación van a permitir y están permitiendo ya un más fácil, rápido y abundante acceso a información de todo género, serán igualmente el cauce potencial para una intromisión no deseable en la intimidad individual. ¿Estamos en camino de pasar a convertirnos en ciudadanos transparentes, a modo de escaparates de uno de los aspectos más preciados de nuestra personalidad? Si esto es así, si llegamos a la conclusión de que puede serlo, hay que tomar sin más dilaciones las medidas adecuadas para impedirlo. Uno de los instrumentos más importantes para este objetivo, aunque evidentemente no el único, es el Derecho, de acuerdo con las funciones que le han sido asignadas por la comunidad. La opinión más común entre los especialistas es que el Derecho en general y el Derecho Penal en particular (al que corresponde como tarea específica la protección de los bienes o valores vitales fundamentales del individuo y la sociedad frente a las agresiones más intolerables a los mismos) no está preparado para arrostrar este nuevo desafío que se le presenta; lo cual es lógico, pues se ha ido pergeñando al hilo de las necesidades de la sociedad industrial, una vez superada la sociedad agrícola. Desafío, por lo demás, de particular complejidad, no ya por la nueva tecnología que ha de proteger sin entorpecer al mismo tiempo su desarrollo y, en su caso, frente a la que ha de defender a la sociedad, sino, principalmente, por su características más diferenciadoras. En efecto, se trata de una tecnología en constante evolución, cuyas capacidades aumentan de día en día, y su utilización se multiplica y diversifica sin cesar en sectores sociales inimaginables; traspasa las fronteras nacionales sin ningún obstáculo, con lo que significa para los hasta ahora consolidados principios de soberanía de los Estados y de territorialidad del Derecho; el acceso a estas tecnologías no está vedado, al menos en algunos de sus aspectos, a ningún tipo de persona por razón de su cultura, conocimientos o capacidad económica; por fin, la fragilidad y vulnerabilidad de estas tecnologías, incontestable en la actualidad, hace urgente, cuando no apremiante, la intervención del Derecho”. (ROMEO CASABONA, C. en Las nuevas tecnologías de la información: un nuevo desafío para el Derecho – en Quaderns Digitals, nº 15. Texto digital accesible en: <http://www.quadernsdigitals.net/>.

<sup>1098</sup> En definitiva estamos de acuerdo con GONZÁLEZ CUSSAC cuando afirma que “hoy parece una evidencia comúnmente aceptada que nos hallamos ante un nuevo escenario estratégico, criminológico y político-criminal, en el que se aprecia no sólo un salto cuantitativo sino cualitativo. Y en este sentido se habla de una ruptura: los escenarios de ataques son muy variados, con diferentes niveles de riesgo y de muy diversa escala de impacto potencial, lo que complica extraordinariamente su prevención y respuesta estatal. Ahora el nuevo terrorismo y la nueva criminalidad transnacional, se muestran con una mayor agresividad y representan un auténtico desafío para los Estados. Pero su control igualmente hace peligrar los valores del Estado de Derecho, especialmente la de los derechos fundamentales. Expresado en otros términos, la amenaza real de estas formas de criminalidad provocan una demanda apropiada de la respuesta estatal y con ello también se realimenta el viejo debate entre seguridad y libertad.” GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. *Estrategias legales frente a las ciberamenazas*, Cuadernos de Estrategia del Ministerio de Defensa, nº 149, 2010, pág. 85. Este texto está disponible en: [http://www.cni.es/comun/recursos/descargas/Cuaderno\\_IEEE\\_149\\_Ciberseguridad.pdf](http://www.cni.es/comun/recursos/descargas/Cuaderno_IEEE_149_Ciberseguridad.pdf)

Estas ponderaciones ponen de manifiesto que *no se puede pensar en combatir la financiación del terrorismo sin considerar la ciberseguridad* y sin tener en cuenta que es necesaria la creación de una estrategia político-criminal que encare el problema del terrorismo bajo una amplia perspectiva, moderna y en sintonía con los avances de la ciencia.

La *financiación del terrorismo* utiliza muchas veces los mismos mecanismos, instrumentos y cauces por los cuales transita el blanqueo de capitales. El mundo de la economía está fuertemente globalizado y la cuestión de la seguridad global está imbricada con el universo virtual y las nuevas tecnologías. Hablar de ciberdelincuencia es hablar de propaganda terrorista también, de adoctrinamiento, de captación de fondos, de financiación de grupos terroristas e incluso de sus propios atentados. En definitiva, en la actualidad el tema de la financiación del terrorismo no se resume tan solo a formas tradicionales de captación de fondos, bienes o capitales, sino también abarca la *ciberfinanciación del terrorismo*, y las conductas practicadas en el medio virtual.

Un mundo más seguro depende de muchos factores, y la ciencia del Derecho penal necesita estar abierta a las nuevas realidades.

## **10. Panorama y estado de la cuestión en Brasil**

El problema de la *financiación del terrorismo* tiene características muy particulares y específicas, cambiantes conforme la realidad de cada país. Estamos ante un fenómeno mundial, imbricado en una red que se mantiene conectada y que no conoce fronteras. Donde existan personas ahí puede estar presente. Brasil es un país de grandes dimensiones, multicultural, una nación con fuerte sincretismo cultural y social, un país que ha recibido personas de diferentes nacionalidades, sujeto a movimientos migratorios, y por lo tanto muy abierto al mundo<sup>1099</sup>. Por otro lado, no es posible fijar una interpretación uniforme sobre el terrorismo que sea válida para todos los países, pues como destaca MORAL DE LA ROSA “no es posible fijar reglas fijas y definitivas sobre la causa del terrorismo en el mundo y serán diferentes de un grupo a otro y de una

---

<sup>1099</sup> Aquí haremos referencia a nuestro artículo “El delito de blanqueo de capitales en tiempos de crisis”, en AAVV “Financiación del Terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico, op. cit. Valencia, 2009, pág. 345.

región del globo a otra las motivaciones y los condicionantes de los grupos terroristas”<sup>1100</sup>.

En lo que se refiere al estado de la cuestión en Brasil se puede afirmar que la realidad legislativa sobre el tema es compleja y muy preocupante. En lo que se refiere al delito de blanqueo de capitales, este es un delito previsto en una Ley Penal Especial (nº 9.613 de 3 de marzo de 1998) cuya redacción es muy semejante a las disposiciones penales de los demás países sobre el tema.<sup>1101</sup> A su vez, el terrorismo es una realidad que genera intensa preocupación en el país y que ha venido provocando a los largo de las últimas décadas transformaciones legales y ha modificado la política-criminal internacional. Los efectos de esta realidad han determinado que la Constitución federal de Brasil del año 1988 haya demostrado su preocupación por el terrorismo (CF art. 5, XLIII). Sin embargo, hasta el momento no existe en el país una legislación penal que trate del tema, y los delitos de terrorismo o su financiación no se encuentran tipificados en el Derecho penal brasileño.

No obstante, en lo que se refiere al *terrorismo y su financiación*, la situación es mucho más complicada. Si por un lado el Estado brasileño ha apoyado las iniciativas internacionales orientadas a combatir y reprimir el terrorismo mundial, frente a las cuales manifiesta su disposición y ánimo de permanente colaboración, por otro, *todavía no existe en el país la tipificación del terrorismo como un delito autónomo*, y por consiguiente no existe la figura de la financiación del terrorismo. El sistema penal hace algunas referencias a actos equiparados al terrorismo en la Ley 8.072/90 (crímenes atroces) y en el artículo 20 de la Ley de Seguridad Nacional (Ley 7170/83). En el ámbito administrativo existe una referencia al acto terrorista en el artículo 1, apartado 4 de la Ley 10.744 / 03<sup>1102</sup> que describe conductas consideradas terroristas, pero sin carácter penal. No obstante, no existe ninguna ley que tipifique el terrorismo como un

---

<sup>1100</sup> Cfr. MORAL DE LA ROSA, J.: Financiación del terrorismo..., op.cit., pág. 259.

<sup>1101</sup> Sobre el tema hemos publicado el libro “LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS”, en conjunto con los profesores Luiz Flávio Gómez y Raul Cervini (Editora Revista dos Tribunais – 1998).

<sup>1102</sup> “Art. 1º Fica a União autorizada, na forma e critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, a assumir despesas de responsabilidades civis perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo”.

delito así como no hay en el ordenamiento jurídico brasileño un tipo penal de financiación del terrorismo<sup>1103</sup>.

La Convención Internacional de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999 ha sido incorporada al sistema jurídico del país por Decreto 5640 del 26 de diciembre 2005. Aunque existe un compromiso de los Estado Parte a adoptar las medidas necesarias para tipificar tales actos como delitos, de conformidad con su legislación nacional, sancionando las conductas enumeradas en tales convenios (art. 4º), esta norma es tratada en Brasil como una mera referencia político-criminal, que no ha sido atendida en integralidad ante la ausencia de delitos específicos que posibiliten la punición de tales conductas.

Como antes hemos afirmado, de las 13 Convenciones de Naciones Unidas sobre el Terrorismo, Brasil ha ratificado a 12, estando pendiente en el Congreso de los Diputados la Resolución nº 1564 que trata del Terrorismo Nuclear (Proyecto de Decreto Legislativo 10/07 – 06/06/2007). En la Constitución Federal existe un Principio Fundamental de rechazo al terrorismo (art. 4º VIII) que está considerado un delito que no tiene derecho a la libertad provisional o a la amnistía (art. 5º XLIII). La única referencia al terrorismo es la mencionada en la Ley de Seguridad Nacional (nº 7.170/83) que por ser de la época de la dictadura militar tiene cuestionable aplicabilidad constitucional.<sup>1104</sup> Hay muchos proyectos en curso en el Congreso, y un estudio muy avanzado por parte del Gabinete de Seguridad Institucional, pero todavía, como he dicho, no hay una perspectiva de que sea aprobada en breve una ley especial a tal efecto<sup>1105</sup>.

Es importante destacar que tanto el terrorismo como la financiación del terrorismo han sido incorporados como delitos antecedentes en la primera Ley de

---

<sup>1103</sup> En el mismo sentido, TIGRE MAIA, R.: “Lavagem” de Dinheiro..., op.cit., pág. 73. ANTONIO DE BARROS, M.: “Lavagem” de capitais..., op.cit., pág. 127.

<sup>1104</sup> Dice el artículo 20 de la Ley brasileña: “devastar, saquear, extorquir, roubar seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para a obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas”.

<sup>1105</sup> Merece ser destacado el intenso trabajo del Ministerio de Justicia de Brasil sobre el tema, y las actividades desarrolladas por el Departamento de Recuperación de Activos, en Brasília, conforme la Estrategia Nacional de Combate a la Corrupción y al Blanqueo de Capitales (ENCCLA), que han posibilitado un profundo debate del problema en diferentes partes del país frente a diferentes autoridades y especialistas.

Blanqueo de Capitales (Ley nº 9613/98) brasileña<sup>1106</sup>, pero la reforma posterior de esta ley ha suprimido el listado de delitos antecedentes y por consiguiente cualquier referencia al terrorismo y su financiación.

La noticia más reciente y relevante sobre el tema es la existencia de un Proyecto de Ley en manos del gobierno para la reforma de la Ley de Blanqueo de Capitales (Ley nº 9.613/98) y la tipificación de la financiación del terrorismo.

En lo que se refiere a casos concretos, la financiación de grupos terroristas en Brasil es muy preocupante. Los medios de comunicación han informado extensamente que en mayo de 2006, una organización criminal denominada “Primeiro Comando da Capital (PCC)” con apoyo de otros Grupos (como el *Comando Vermelho* de Rio) ha realizado la mayor oleada de ataques a las fuerzas de seguridad del Estado en Brasil. Así, en poco más de 24 horas, han realizado el ataque coordinado a más de 63 Jefaturas de Policía, coches y bases militares. Ha explotado una bomba en el edificio de la Fiscalía de São Paulo, y en conjunto han sido asesinados 25 miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado. Desde entonces casi un centenar de personas ha muerto. El saldo de tales hechos es muy trágico y preocupante, pues las investigaciones indican la formación de una compleja red de financiación y estrechas relaciones con las FARC de Colombia<sup>1107</sup>.

Además, en Brasil, posee especial interés la problemática de la “Triple Frontera” (con Argentina, Paraguay y Uruguay), donde existe una grande comunidad de origen árabe, libanesa y de otros países del Oriente Medio, las cuales utilizan muy a menudo el sistema de “HAWALLA” para la transferencia de fondos a sus países de origen.<sup>1108</sup> En la historia reciente, Brasil ha sido refugio de mafiosos prófugos de Italia, de grandes narcotraficantes (como el Colombiano Juan Carlos Ramírez Abadía) y

---

<sup>1106</sup> Dice el art.1º, II, de la Ley 9613/98: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: II – de terrorismo e seu financiamento;”

<sup>1107</sup> Para que se tenga idea del poder económico del grupo que ha organizado los ataques, la policía federal estima que de los 164 millones de Reales (cerca de 65.000.000 de Euros) que el grupo ha logrado robar del Banco Central de Brasil en 2005, cerca de 50 millones de Reales (20.000.000 de Euros) fueron utilizados para financiar los ataques y estructurar la organización.

<sup>1108</sup> Es muy difundida en Brasil las IFT (informal funds transfer).

personas relacionadas con el terrorismo internacional.<sup>1109</sup> Ciertamente Brasil no está inmune al problema.

A estas consideraciones, se puede añadir una observación: las dificultades de encontrar un consenso de justicia en el ámbito internacional<sup>1110</sup> suponen un componente añadido para justificar que cada país encuentre mecanismos internos de control de las operaciones de blanqueo de capitales practicadas por organizaciones terroristas nacionales. Creo que la adopción de nuevas soluciones como la penalización autónoma del delito de financiación del terrorismo es una estrategia coherente y de acuerdo con la modernización del sistema penal brasileño, y vendrá a cumplir con compromisos internacionales asumidos por el país.

Tenemos la esperanza de que los cambios producidos por el agravamiento del problema del terrorismo en la última década, y los estragos provocados por el tsunami económico en los mercados, no contribuyan a la desestructuración del sistema de garantías duramente conquistado por el hombre a lo largo de su historia. Ojalá una eventual imposibilidad de “volver al buen y viejo capitalismo”, y el avance del poder del Estado sobre ámbitos de lo privado, no potencie el dilema enfrentado por ciertos ideales del “viejo y buen Derecho Penal liberal” como instrumento estricto de garantías de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado<sup>1111</sup>. Recuerdo la sabiduría de ROXIN, cuando reflexionando sobre la idea de algunos de suprimir el Derecho Penal en el futuro escribió: “Los 3000 años de la historia humana que estamos viendo, para los que los próximos cien años sólo implican en poco tiempo, tienen que enseñarnos que no es posible renunciar a la protección del individuo y de la sociedad”.<sup>1112</sup>

En este sentido, creo que la doctrina y la jurisprudencia asumen un papel clave y de gran responsabilidad en la actualidad. La libertad es la clave del problema, y un tesoro que debe ser siempre preservado cuando los tiempos son difíciles y el sentimiento de inseguridad invade el corazón de la sociedad.

---

<sup>1109</sup> Hay que mencionar las siguientes detenciones: a) Rana Kolehlat, sospecha de relaciones con el Hizbolla y el asesinato de Rafic Hariri (en São Paulo – 14/03/2006); b) Anthony Gallito (17/03/2006); c) Cesare Battisti (17/03/2007), etc.

<sup>1110</sup> Como bien denuncia GARCÍA RIVAS – Globalización y justicia penal universal: paralelismos en AAVV El Derecho Penal frente a la inseguridad global, Editorial Bomarzo, 2007, páginas 09/25.

<sup>1111</sup> Sobre el tema SILVA SÁNCHEZ La expansión del Derecho Penal...op. cit., págs. 15 y ss.

<sup>1112</sup> El texto, titulado El derecho penal todavía existirá dentro de cien años – está incorporado en su obra “Dogmática Penal y Política Criminal” (pág. 443, Ed. IDEMSA – Perú – 1998) cuidadosamente traducida por Manuel Abanto Vásquez.

## 11. Excurso: análisis jurisprudencial.

Para terminar, considero importante para esta tesis confrontar al menos un par de casos relacionados con su tema central y que han sido analizados por el Tribunal Supremo. Este análisis crítico permite ilustrar la actualidad del tema, su importancia, y principalmente, ofrece ocasión de demostrar la pertinencia del tipo penal en el sistema jurídico-penal español.

### **Excurso 1): El tratamiento penal de la aportación económica del extorsionado por una organización terrorista.**

El caso se relaciona con el pago del denominado *impuesto revolucionario*. Sin pretender agotar el tema sino tan solo apuntarlo para hacerme eco de la solución ofrecida por la jurisprudencia más reciente, y sin adentrarme tampoco en su tratamiento doctrinal y dogmático, donde se generan profundas reflexiones, creo que merece la pena esta ligera desviación en un tema polémico, lleno de aristas, e inequívocamente ligado con esta temática de la sanción penal de la contribución económica con la actividad terrorista. No existen muchos precedentes jurisprudenciales sobre esta cuestión porque en general la justicia española no ha procedido por razones que se entienden perfectamente pero que dogmáticamente no han sido teorizadas, frente a las víctimas del impuesto revolucionario, es decir, las personas que ceden al chantaje de la organización terrorista y aportan fondos. ¿Además de víctimas, realizan una conducta típica? ¿Serán culpable? ¿En qué condiciones?

Una no lejana sentencia del TS español tuvo ocasión de analizar esa cuestión. En ella se evocan otros pronunciamientos más antiguos. La sentencia de instancia, que es la recurrida en casación, había condenado a dos hermanas que habían sido objeto de chantaje por la organización terrorista ETA y habían desembolsado determinadas cantidades de dinero. La causa originaria abarcaba a muchos otros empresarios imputados. Respecto de casi todos ellos se acordó el sobreseimiento. En el caso de esas dos imputadas sus simpatías ideológicas pesaron a la hora de acusarlas y en el momento de la condena la proximidad ideológica con la banda terroristas permitía suponer que su contribución económica tenía algo de voluntaria, aunque viniese precedida de unas amenazas *protocolizadas* en el sentido de que obedecían a las cartas normales que la

banda cursaba al empresariado del País Vasco. Solo desde ahí se explica el diferente trato dado a estas dos acusadas frente al sobreseimiento decretado para otro número importante de empresarios que habían efectuado desembolsos también como secuela de las amenazas recibidas. En la condena de instancia se les apreció la eximente incompleta de miedo insuperable.

El Tribunal Supremo modificó el enfoque. Por una parte proclama de forma paladina que el delito de colaboración con banda armada no exige un elemento subjetivo específico, como una adhesión ideológica o un ánimo específico de contribuir a los fines de la banda. Basta el dolo genérico. Pero por otra parte, apunta que la contribución o cooperación no parece ser gramaticalmente compatible con una conducta forzada por una amenaza; aunque finalmente no es ese el argumento que lleva a la absolución, sino una interpretación más generosa del miedo insuperable que le lleva a otorgar eficacia totalmente exonerante, en una doctrina que puede ser proyectada con los debidos matices –la insuperabilidad del miedo no deja de ser una cuestión de caso concreto- a otros supuestos similares.

La sentencia sobre la cual nos referimos, por su importancia y por los detalles que ofrece, será transcrita integralmente. Se trata de la *STS 659/2012, de 26 de julio*.

#### **1.- Los hechos probados en la sentencia inicial rezan así:**

**PRIMERO.-** *La organización terrorista ETA, con la finalidad de obtener fondos para la ejecución de sus criminales propósitos, el cambio del orden constitucional mediante la ejecución de atentados contra las personas, propiedades e infraestructuras, entre otros medios, recurre a una campaña de extorsión a empresarios solicitándose el pago de dinero, pretensión de cantidades a la que se compele a los empresarios bajo la amenaza de sufrir acciones armadas de la organización, bien en sus propiedades bien en sus personas.*

**SEGUNDO.-** *Las acusadas Blanca Rosa Bruño Aspiroz, y María Isabel Bruño Aspiroz, son socias constituyentes de la empresa Andrés Bruño e Hijos SA, siendo nombradas en la constitución de la sociedad (escritura pública de 19 de diciembre de 1984) secretaria y vocal del Consejo de Administración, sociedad anónima que se transformaría en Sociedad Limitada en el año 1992. La acusada María Isabel Bruño Aspiroz fue nombrada vicepresidenta de la sociedad por acuerdo de la Junta General Universal Consejo de Administración de fecha 29 de octubre de 1991 y la acusada Blanca Rosa Bruño Aspiroz fue nombrada Consejera y Secretario y desde el 1 de diciembre de 1993 respectivamente Secretario y Presidente del Consejo de Administración.*

*En el marco de una campaña de extorsión, las acusadas recibieron en fecha no determinada del año 2003 una carta de la organización terrorista ETA en la cual se les reclamaba el pago de 120.000 euros. Las procesadas, no pusieron en conocimiento de las autoridades estos hechos, y contactaron con la organización terrorista para negociar el pago de la aportación económica enviando ETA una segunda carta en la que les solicitaba el pago de una cantidad inferior, habiendo entregado voluntariamente a la organización terrorista 6.000 €, aportación que la ETA agradeció a las acusadas, expresando el*



*siguiente tenor: "Mediante esta carta, además de expresarles que hemos recibido su aportación de 6.000 euros, quisiéramos agradecerles también por colaborar a favor de la libertad de Euskal Herria. Considerando que conocen el camino y tienen posibilidades para contactar con la organización, sepan que tienen las puertas abiertas para tratar tanto sobre la ayuda económica, como sobre cualquier otro tema relacionado con la lucha de liberación de Euskal Herria".*

*En el registro practicado en Burdeos en la vivienda que ocupaban los dirigentes de la organización ETA Francisco Javier López Peña, Ainoa Ozaeta Mendieta, Igor Suberbiola Zumadle Jon Salaberria Sansinenesa, quienes no está a disposición del Tribunal, se intervinieron numerosas cartas de extorsión dirigidas por ETA reclamando dinero a empresarios, y concretamente referida a las acusadas, se intervino una carta, a la que ya se ha hecho referencia, con registro en clave LEN A03T07084B120F de abril de 2008, por la que la organización Euskadi Ta Askatasuna (ETA) se dirigía a ellas confirmando la recepción de los 6.000 € y agradeciéndoles dicha aportación, con llamadas al "patriotismo" y al compromiso con los fines de ETA para nuevas aportaciones.*

**TERCERO.-** *Que el padre de las acusadas, D. Luis Bruño Urdanpilleta, siendo alcalde de la localidad de Usurbil, por el partido político PNV, en el año 1980 interrumpió un pleno del Ayuntamiento, y denunció públicamente que ETA le había exigido el pago del impuesto revolucionario y que se negaba pagarlo, generando en él mismo, y en toda su familia una grave situación de angustia y desasosiego>>.*

**2.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

**FALLO.-** *Que debemos condenar y condenamos a BLANCA ROSA BRUÑO AZPIROZ y MARIA ISABEL BRUÑO AZPIROZ como autoras criminalmente responsables cada una de ellas de un delito de colaboración con organización terrorista, ya definido, concurriendo la circunstancia eximente incompleta de miedo insuperable, a la pena de prisión por tiempo de un año y tres meses, a la de multa de cinco meses con una cuota diaria de 50 euros, y a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de dos años y nueve meses, así como al pago de costas.*

**3.-** En un voto particular se entendía que no había intención de colaborar y por tanto la conducta no era típica

**4.-** El razonamiento que lleva al TS a la absolución es el siguiente:

*"Obviamente hemos de referirnos al tipo vigente en el momento de los hechos. Conviene dejarlo transcrito en los fragmentos que aquí interesan: se prevén penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses para el "que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de **colaboración** con las actividades o finalidades de una banda armada organización o grupo terrorista". En el párrafo segundo el legislador entre los actos de colaboración incluye la **cooperación**, ayuda o mediación económica".*

*La reforma de 2010 ha traído modificaciones. Intrascendente para el supuesto ahora examinado es la supresión de la referencia a las bandas armadas. Carece igualmente de repercusión sobre los hechos objeto de la presente la introducción de un párrafo tercero. Sí que conviene, advertir que se ha incorporado un nuevo precepto a la panoplia de normas penales que quieren dar respuesta a la financiación de los grupos o actividades terroristas. Antes de la reforma de 2010 había que acudir a los arts. 575 (atentados al patrimonio para allegar fondos a los grupos terroristas), 576 (colaboración con banda armada) y en su caso a las figuras comunes (como las amenazas condicionales) a las que se remite el primero de los preceptos. A partir del 23 de diciembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, se cuenta con una nueva norma penal, el art. 576 bis que en su primer párrafo sanciona a "El que por cualquier medio, directa o indirectamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen o a sabiendas de que serán utilizados en todo o en parte para cometer*

*cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo o para hacerlos llegar a una organización o grupo terroristas”. El nuevo precepto se completa con una modalidad de imprudencia grave por omisión de los sujetos legalmente obligados a prevenir esas actividades de financiación del terrorismo y la extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas. Aquí influiría únicamente la primera de las conductas (proveer o recolectar fondos para hacerlos llegar a una organización terrorista) a la que se asigna exactamente la misma pena que el art. 576, lo que lleva al intérprete a plantearse qué añade el art. 576 bis 1 que no estuviese ya contemplado en el art. 576. alguna luz podría arrojar ese método interpretativo para esclarecer el sentido del art. 576. Pero en todo caso, de futuro obligará a delimitar las relaciones entre ambos tipos (a través seguramente del principio de especialidad), con una nula relevancia penológica, pero no sin repercusiones de fuste (responsabilidad penal de personas jurídicas).*

*El art. 576 bis de nueva planta (delito de financiación del terrorismo) obedece al compromiso internacional de combatir con intensidad al terrorismo cegando sus fuentes económicas. Las organizaciones terroristas precisan recursos para cumplir sus objetivos. Sin allegar medios económicos están condenadas a la desaparición. La obtención de fondos es para ellas una necesidad vital. De ahí que en las estrategias contra el terrorismo haya de ocupar un papel primordial, cada vez más potenciado en los instrumentos internacionales, el bloqueo de su financiación. Las necesidades financieras de las organizaciones terroristas son tanto operativas (gastos de planificación y ejecución de los ataques terroristas, lo que no representa, según enseñan los expertos, la mayor parte de su presupuesto); como organizativas que reclaman más recursos (adquisición de armamento, logística, atención de gastos de los integrantes...). A través de diferentes textos con vocación normativa la comunidad internacional ha alentado a los Estados a castigar penalmente la financiación del terrorismo. El texto que abrió esa senda fue el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999 procedente de Naciones Unidas. La Decisión Marco de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 es otro hito relevante.*

*El Convenio citado fue ratificado por España en 2002 (Boletín Oficial del Estado de 23 de mayo de 2002). Su art. 2 establece la obligación de adoptar medidas para tipificar los delitos enumerados de financiación del terrorismo asignándoles penas adecuadas. La financiación se define como la provisión o recolección de fondos (recaudación de fondos según la terminología seguramente más adecuada de la Resolución 1373 (2001) aprobada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en su sesión de 28 de septiembre de 2001).*

*¿Era suficiente el art. 576 para cumplir esas obligaciones internacionales? Tal tipo castiga la cooperación económica y lo hace cuando los fondos van destinados genéricamente a la organización terrorista sin exigirse que sean empleados en algún acto delictivo concreto. Se ha cuestionado a la vista del art. 576 del Código Penal Español que se necesitase la introducción del nuevo tipo del art. 576 bis 1. El legislador de 2010, a semejanza de otros ordenamientos europeos (Suiza, Francia) o latinoamericanos (Uruguay, Chile), ha considerado que no bastaba con el art. 576 y que era necesaria una nueva tipificación penal (576 bis.1) que asume casi literalmente el texto del convenio.*

*Este excursus está justificado para advertir que en el análisis se ha de prescindir absolutamente de ese precepto penal no vigente en el momento de los hechos y que podría introducir algún matiz diverso o modular alguna de las conclusiones que pueden extraerse del art. 576, pero que no necesariamente serían miméticamente trasladables al art. 576 bis.1.*

**SEGUNDO.-** *El delito de colaboración con organización terrorista quiere impedir que la actividad terrorista sea facilitada por terceros ajenos a la organización. Se castiga tanto el favorecimiento de alguna de sus actividades delictivas como el del propio funcionamiento de la organización. Ni siquiera se exige que la aportación prestada sea efectivamente aprovechada. Basta con que la ayuda -en su caso provisión de fondos- se ponga a disposición de la organización, aunque ésta no llegue a emplearla.*

*En cuanto al tipo subjetivo ha señalado este Tribunal que “basta (...) la conciencia de que el acto o la conducta de que se trate sirva o favorezca a la banda u organización terrorista, y la voluntad de llevarla a cabo, sin necesidad de ningún otro requisito” (STS 797/2005, de 21 de junio). Cabe incluso la*

*ignorancia intencionada o deliberada: pueden ser punibles las contribuciones económicas en determinados contextos cuando el cooperante sabe o se representa y prefiere no saber (ignorancia deliberada) que su destino será mantener a la organización terrorista.*

*No es necesaria afinidad ideológica. Colaborar con una organización terrorista por móviles de lucro (venta de armamento); o de afecto a determinados integrantes; o incluso una relación amorosa (STS 800/2006, de 13 de julio) o cualquier otra motivación, no excluye el delito del art. 576. El dolo exige exclusivamente conocer y querer una acción que supone una colaboración con la organización terrorista, (STS 800/2006, de 13 de julio) aunque no se compartan ni sus fines, ni sus métodos, ni sus componentes ideológicos. Ni siquiera la presencia de móviles no egoístas o de compasión o de unas mal entendidas finalidades supuestamente altruistas permiten escapar del ámbito del art. 576. Como dice la STS 797/2005, de 21 de junio "no es preciso ningún elemento subjetivo del injusto más allá de los propios de toda conducta dolosa: conocimiento y voluntad".*

*En este marco ha de situarse el análisis jurídico penal de situaciones como la del mediador que interviene a petición de la propia víctima o familiares para pagar un rescate por un secuestro u otra exigencia económica; o, en otro plano, la del extorsionado que accede al pago del impuesto revolucionario.*

*El primer supuesto ha accedido en algunas ocasiones a la jurisprudencia (vid. STS de 27 de junio de 1994). La doctrina se debate entre la atipicidad (por ausencia de un hipotético y de dudosa exigibilidad elemento subjetivo específico de colaborar con la organización) o la justificación a través del estado de necesidad (que no alcanzaría a quien media en nombre de la organización por falta del elemento subjetivo de justificación). Quien interviene siguiendo las instrucciones de la organización terrorista será autor del delito del art. 576. En algunos casos podría plantearse su responsabilidad por cooperación en el delito de secuestro.*

*La eventual responsabilidad derivada del abono del mal llamado "impuesto revolucionario" no ha sido objeto de tratamiento por esta Sala, lo que de por sí resulta un dato singularmente significativo a la vista de la amplitud y dilatada trayectoria de ese fenómeno de extorsión mafiosa llevado a cabo por la banda terrorista ETA. En el presente procedimiento se han detectado e investigado una pluralidad de supuestos de extorsión, algunos "exitosos". El Fiscal recondujo la imputación para una buena parte de las personas implicadas respecto de las que existían indicios de haber accedido al pago de las cantidades reclamadas bajo amenazas, a la tipicidad del art. 450.2 del Código Penal (omisión del deber de denunciar determinados delitos: el incumplimiento del genérico deber de denunciar que alcanza a todos los ciudadanos según nuestra legislación procesal adquiere rango delictivo en algunos casos específicos). Esa eventual tipificación no es totalmente descartable en algún supuesto aunque presenta dificultades derivadas de la relación de causalidad entre la denuncia y el impedimento del delito no denunciado que parece exigirse. En el sumario que ha desembocado en esta causa la prescripción de esas conductas que según el Fiscal podrían tener encaje en el art. 450.2 determinó el sobreseimiento para muchas de las personas que habían sido objeto de investigación por eventuales pagos a raíz de extorsiones de ETA. En el asunto que ahora se ventila tal tipicidad (art. 450.2), que se esgrimió frente a algunos, ha de ser orillada. La acusación versó en exclusiva por el delito del art. 576.*

*Las razones aducidas por la Acusación Pública para ese diferente tratamiento de situaciones objetivamente iguales en su esencia -presunta cesión a las pretensiones extorsionadoras de una banda terrorista- se relacionaban con ese supuesto elemento subjetivo que, según un sector doctrinal, reclamaría el tipo: la predominante voluntad de colaborar con la organización. Frente a ello hay que remarcar que objetivamente la entrega de dinero a la organización terrorista supone favorecer a la banda. Es una ayuda económica. Como expresa la sentencia mayoritaria, con cita de jurisprudencia de esta Sala, el dolo exigible es el conocimiento y voluntad de la colaboración que se está prestando a la organización. Los móviles o fines últimos, en principio, son indiferentes e irrelevantes.*

*Lo que el ordenamiento jurídico, el Estado, y la sociedad (cuya voluntad mayoritaria, con todas las imperfecciones que se quiera, se manifiesta a través de las leyes), esperan del ciudadano que sufre una extorsión amenazadora por parte de la organización terrorista es que denuncie los hechos y se niegue a pagar; que se rebele frente a ese chantaje criminal. Esa conducta se adecua al óptimo nivel cívico y merece la mayor de las valoraciones ética, social y ciudadana. Es además la actuación que se ajusta a la legalidad.*

*Ahora bien, frente a ese comportamiento ejemplar, y en algún caso incluso heroico, no resulta soportable que quien no asume iguales patrones de conducta, por razones susceptibles de ser comprendidas aunque no respondan a lo esperado social y legalmente, se pliega a la extorsión realizando las aportaciones económicas exigidas temeroso de que se cumplan las amenazas en un contexto en que ha sido testigo cercano de la despiadada actuación de la banda chantajista, haya de ser sometido, sin consideración y al margen de mayores matizaciones o modulaciones, a la más intensa de las censuras que el Estado dispensa: el reproche penal. La casi total ausencia de precedentes de acusaciones (aunque se citan en algunos textos aisladas y lejanas en el tiempo sentencias absolutorias, desde luego no a nivel de casación), y el mismo hecho de que el mayor volumen de asuntos investigados en esta causa haya finalizado con una declaración de ausencia de responsabilidad penal (aunque de forma indirecta: prescripción referida a otra tipicidad) evidencian la exactitud de esa afirmación, que en todo caso no supone excluir que en determinados casos y contextos pueda ser correcto acudir al derecho penal. Cuestión distinta y discutida es aclarar el sustento desde la perspectiva jurídico-penal y el soporte dogmático que avalen esa praxis.*

*Se ha hablado de la ausencia de tipicidad por falta de un elemento subjetivo consistente en la voluntad de colaborar con los fines de la organización terrorista. Esa es una de las discrepancias con la sentencia mayoritaria que pone de relieve el voto particular y que se invoca en los recursos. Pero, como se ha insinuado antes, y en esto se coincide con la sentencia de instancia, el delito de colaboración con banda armada no exige un dolo específico en la terminología clásica. Es suficiente conocimiento y voluntad. Ni siquiera el móvil humanitario excluiría la tipicidad, aunque en determinadas ocasiones puedan entrar en juego causas de justificación, o exculpación o atenuantes.*

*El estado de necesidad como eximente reclama la comparación y ponderación de bienes. En un primer nivel encontramos de un lado, el sentimiento de tranquilidad y seguridad de la víctima (no su vida o la de sus familiares o daños en sus bienes: el impago no necesariamente ha de traducirse en el cumplimiento de la amenaza). Plegándose a la extorsión la víctima se coloca a sí, a las personas allegadas y a sus bienes al margen de los objetivos de la organización criminal. En contraposición a ese beneficio no cabría presentar bienes jurídicos individuales concretos (pues no puede presumirse que ese dinero vaya a destinarse específicamente a la realización de un acto terrorista), sino la misma subsistencia y pervivencia de la banda: la aportación económica contribuye en alguna medida al mantenimiento de la organización, proveyéndola de medios para cubrir sus necesidades económicas. De esa manera se prolonga el estado de intimidación colectiva que supone la presencia y actividad de una organización terrorista como la aquí contemplada. En un horizonte más lejano y por tanto difícilmente evaluable el conflicto se presentaría no ya entre tranquilidad personal frente a contribución a la perpetuación de la banda criminal; sino entre la propia vida y la de terceras personas que pudieran ser futuras víctimas de esa organización. El estado de necesidad que aporta datos y vías interesantes para la valoración de la conducta de los mediadores en secuestros, sin embargo, en esta otra situación no ofrece soluciones claras y seguras. A lo más, si se superan algunos obstáculos, llevaría a un estado de necesidad subjetivo vinculado al principio de no exigibilidad y con un fundamento equivalente al del miedo insuperable, aunque tanto la doctrina como la más reciente jurisprudencia tienden a diferenciar más entre ambas causas de exoneración. El principio de vigencia que ha de orientar la interpretación de los textos legales, alienta a no convertir el miedo insuperable en un simple estado de necesidad supletorio y dotarle de un espacio e identidad propias no tan vinculados a los requisitos de la eximente del art. 20.5.*

*La eximente de miedo insuperable es la manejada por la Audiencia Nacional. Se la considera incompleta en la sentencia mayoritaria, al estimarse que el miedo podría haber sido vencido. Las recurrentes en*

sintonía con el voto particular entienden que habría de apreciarse la causa en su versión completa: como eximente y no mera atenuante cualificada (motivo quinto). No habría razones suficientes para considerar que podían haber vencido el miedo dibujado por el legislador de 1995 con matices menos objetivistas que en el texto punitivo anterior.

En una primera aproximación podría dejar un cierto poso de insatisfacción la solución de la eximente de miedo insuperable cuando se analiza la situación desde la óptica de quien se siente auténticamente amenazado. De una parte, porque con razones de peso y en absoluto despreciables, la sentencia mayoritaria matiza la insuperabilidad del miedo. En asuntos de otra naturaleza la eximente completa analizada es contemplada por la jurisprudencia de forma muy exigente y restrictiva, aunque se percibe una cierta evolución hacia posiciones más indulgentes en línea con esa subjetivización y soltando lastres interpretativos derivados de su camuflado emparentamiento con el estado de necesidad. Si se manejasen esos estándares más restrictivos, siempre podría hablarse de miedo en estos supuestos, pero no siempre de miedo insuperable.

Se ha dicho que sería un contrasentido considerar típica penalmente -otra cosa es su indiscutible ilicitud extrapenal- la conducta de la persona extorsionada por una organización terrorista, catalogándola paradójicamente como cooperación con la banda de la que es víctima, solapándose así la condición de sujeto pasivo del art. 575 con la de sujeto activo del art. 576. Por eso se han buscado soluciones más imaginativas en el peldaño de la tipicidad, con las consecuencias, también procesales, que ello comporta (mayor cobijo de la presunción de inocencia que no juega o, al menos en la actual visión jurisprudencial, no lo hace del mismo modo en materia de eximentes; exclusión en todo caso del procesamiento, que según las tesis clásicas no vendría impedido por la presencia de causas de inculpabilidad...).

Una línea en esa dirección discurre por la exigencia de un elemento subjetivo del injusto. Algún eco ha tenido en la jurisprudencia de esta Sala (STS de 27 de junio de 1994 ya citada), por más que luego no haya sido reiterada.

En argumentación con resultados menos restrictivos pero situada en la misma tipicidad, otros han querido detectar en los verbos nucleares del tipo ("cooperar"; "colaborar", diferentes del "proveer" del actual art. 576 bis.1) la exigencia de que la acción no venga coactivamente impuesta, que no sea "forzada". "Colaborar" (cum-laborare), según esa exégesis un tanto recreadora, sería incompatible con actuar por la fuerza, bajo una coacción sería constitutiva de delito.

Estas consideraciones, abiertas pero necesarias para enmarcar la cuestión, solo pretenden un acercamiento a los elementos del art. 576. Dibujan en trazos gruesos -no va a ser necesario perfilar más para resolver el recurso- el telón de fondo y nos sitúan en condiciones de descender ya a los motivos concretos articulados.

**TERCERO.-** El primero de los motivos, común a ambos recursos, se refiere a la presunción de inocencia. En tres argumentos se sintetiza: no existiría prueba de cargo suficiente, ni respecto del pago de 6.000 euros; ni, en su defecto, respecto de la autoría de ese pago; ni, por fin, de la voluntariedad del abono y de la intención de colaborar con ETA.

El pago de seis mil euros se considera acreditado en la sentencia de instancia, que cuenta con una extensa y detallada motivación fáctica, atendiendo a la carta de "agradecimiento" dirigida a las recurrentes que fue hallada en el registro de la vivienda que ocupaban varios dirigentes de la organización terrorista en Burdeos. En tal misiva se expresa que se han recibido 6.000 euros, entrega por la que se muestra gratitud.

No es del todo acertado utilizar el sustantivo "literosuficiencia" -que procesalmente evoca el art. 849.2º de la LECrim- para proyectarlo sobre la documentación incautada a una banda terrorista, aunque la sentencia aclara qué es lo que quiere expresar en definitiva con esa fórmula: que la experiencia revela la enorme utilidad de esa documentación de la que se han extraído en muchas ocasiones datos veraces que han ayudado a esclarecer multitud de actos criminales. Como con precisión aclara el Fiscal en su

*dictamen, cuando se predica la literosuficiencia de un documento se está significando que por sí mismo, sin necesidad de ulteriores argumentaciones, conduce a una conclusión fáctica. Fuera del marco del recurso de casación el concepto tiende a confundir por lo que su uso carece de utilidad.*

*Puede calificarse también de exceso argumentativo hablar, como hace la sentencia, de una "presunción de veracidad" de esos documentos. Pero, de cualquier forma, sí que existen datos que confluyen para hacer razonable la conclusión de la Sala cuyo razonamiento se comparte, aunque no algunos de los vocablos elegidos para plasmar la argumentación ("literosuficiencia" o "presunción de veracidad"): que el documento era auténtico, en primer lugar; y, en una segunda fase, que lo que se desprende del mismo (un pago: es el equivalente a un recibo) se ajusta a la realidad. No porque en abstracto haya que partir de esa presunción de veracidad, sino porque en concreto concurren circunstancias concomitantes que la Audiencia analiza y que permiten esa deducción.*

*En cuanto a la autenticidad, y de nuevo hacemos nuestro el argumentario del Fiscal, no puede negarse que la carta procede de la organización terrorista. Se encontró en un piso utilizado por ETA; tenía las aguas y sellos seco y húmedo que usa la organización; el piso era ocupado por dirigentes de la banda; y se encuentra junto con un cúmulo de documentación financiera de la misma. Se ha comprobado que el contenido de otros documentos allí incautados se correspondía con la realidad.*

*Diferente es la cuestión de determinar si esa misiva es suficiente para acreditar que las dos acusadas habían efectuado un pago a la organización criminal por el importe que se expresa. Eso es lo que se desprende directamente de la carta, pero su veracidad no está fuera de toda duda. Hay que dilucidar si la existencia de esa carta puede encontrar unas explicaciones distintas a la realidad del abono de seis mil euros. Abona la conclusión de la sentencia el hecho de que las recurrentes hubiesen recibido sendas cartas de extorsión de la banda terrorista en los años anteriores, y que la incautada tenga el mismo código identificativo alfanumérico (A03t0707084b1120F) según la forma de actuar habitual de la organización descrita por los peritos. La conexión de la carta reflejando el recibo de la cantidad con las previas misivas de extorsión, le otorga mayor crédito: un hecho -el que se trata de acreditar- es la continuación natural de los otros -acreditados y aceptados-. La debilidad de otras hipótesis alternativas que explicasen la existencia de esa carta diferentes a la realidad del pago, acaba por dotar de una base probatoria suficiente y razonable a la conclusión alcanzada por la Sala de instancia. Que se haya efectuado ese pago tiñe de coherencia toda la secuencia: se ha reclamado dinero de las empresarias; se ha obtenido, y se confirma la recepción mediante una carta que tiene utilidad para comprobación y en su caso acreditación y tranquilidad de quien realizó el desembolso. Carecen de coherencia suficiente las hipótesis alternativas esgrimidas por las recurrentes haciendo suyos los argumentos del también riguroso y trabajado voto particular. Una vez certificada la autenticidad de la carta en cuanto proveniente de ETA, es difícil admitir que algún miembro de esa organización la confeccionase por razones diferentes a la del efectivo pago. No reúne las características de un borrador, antes bien al contrario. No es congruente tampoco que se efectúen borradores expresando ya la cantidad "por si" se recibiese un pago; ni es captable desde la lógica que sea un documento pro-forma.*

*Hay que puntualizar que la sentencia, que no esconde ninguno de los argumentos o hechos que pudieran favorecer a la tesis defensiva, excluye totalmente según se desprende de su detenida lectura el valor ni siquiera indiciario del movimiento de siete mil euros detectado en una de las cuentas de la empresa y acepta la justificación aportada por una de las recurrentes. Cuando en un pasaje de la motivación fáctica se refiere al "elemento antes valorado" no está aludiendo a ese movimiento bancario (como se entiende en ambos recursos), sino al hecho de que ambas acusadas hubiesen recibido cartas extorsionadoras provenientes de la banda. Eso y no el movimiento es lo que en unión del examen de la carta en sí misma y la eliminación de otras hipótesis por su inidoneidad para explicar algunos datos contrastados, conduce a la Sala a la conclusión de que se produjo la aportación económica. No haber contado con el testimonio de quien redactó la carta no menoscaba la solidez de la conclusión a la vista de los datos expuestos. Pensar que la carta obedecía a un error, o una simple anticipación de previsible futuros pagos se compadece mal con la lógica y las máximas de experiencia. Puede aceptarse como más acorde con la forma en que se ocupó la carta (en el interior de un sobre dirigido a las Hermanas Bruño*

Azpiroz y junto a otros sobres dirigidos a otros empresarios vascos conteniendo sus correspondientes cartas) la conclusión de que no había sido aún remitida (lo que no es incoherente con la data de la carta y la fecha del registro). Pero eso no enturbia la conclusión a que llega la sentencia sobre el pago. La secuencia lógica es: pago-confección del documento que confirma la recepción-envío. Que no se hubiese remitido todavía la carta no influye en la deducción: es una actuación que la lógica ubica temporalmente después del abono. La inferencia es concluyente y las otras imaginarias hipótesis presentan tanta fragilidad que no menoscaban aquélla.

**CUARTO.-** En una segunda fase discuten ambas recurrentes su participación en esa aportación económica que la Sala de instancia da por acreditada. Las cartas de extorsión reclamando en dos años diferentes (2003 y 2006) el pago de 120.000 euros iban dirigidas a las hermanas por su vinculación con la sociedad “Andrés Bruño e Hijos, S. L”. La carta en la que se expresa “agradecimiento” por la contribución con seis mil euros se remitía también a ambas hermanas. Se arguye que de ahí no puede deducirse inequívocamente la participación de las dos acusadas en la entrega del dinero. Se suscitan como hipótesis alternativas que gozarían de igual grado de coherencia o probabilidad, la posibilidad de que un tercero de la empresa (incluso -se llega a sugerir a efectos dialécticos- el propio padre de las acusadas) hubiese efectuado el pago (lo que no parece congruente con que no se haya mencionado en ningún momento a ninguna persona que conocedora de los hechos pudiese haberse subrogado voluntariamente en la obligación que la banda imponía a las recurrentes); o que fuese solo una de las hermanas la que, obrando por su cuenta, hubiese realizado el abono en nombre de las dos y actuando sin conocimiento de la otra; o sin su anuencia; o contra su voluntad. Esta segunda hipótesis podría ser más plausible. No es totalmente desdeñable la posibilidad de discrepancias respecto a la actuación a seguir ante esas cartas de extorsión. De hecho la realidad ofrece ejemplos de reacciones muy diversas de los empresarios extorsionados. El padre de las recurrentes es representativo de la repulsa y negativa publicitadas gallardamente rebelándose contra esas infames exigencias, lo que supuso a las recurrentes, así lo reconoce la sentencia, convivir durante años con el desasosiego e intranquilidad de saberse bajo la amenaza de la banda. Otros -la voluminosa causa en la que ha recaído esta sentencia muestra a las claras lo que es percibido socialmente- acceden a ella. La diferente actitud es compatible con que en unos y otros pueda existir el mismo rechazo frontal de la banda.

Los lazos fraternales podrían explicar una iniciativa personal de una de las recurrentes sin conocimiento de la otra; o con conocimiento pero sin su anuencia. La sentencia guarda silencio sobre este argumento y da por supuesto una vez constatado el pago, que el mismo provenía de ambas. A las dos se dirigió la extorsión; las dos eran las destinatarias de la carta de gratitud; las dos han asumido idéntica actitud procesal.

Se alude en el recurso al distinto protagonismo jugado en la empresa por cada una de las hermanas. Puntual y carente de toda intervención en la gestión de una de ellas que desempeña una función laboral en otro ámbito; completamente implicada en la misma en papel de gerente de la otra.

La posibilidad así abierta no se cohonesto bien con el rechazo insistente de ambas acusadas a admitir que se realizó ese pago (si lo hubiese efectuado una por cuenta propia, cabrían explicaciones de esa similar actitud en virtud de la vinculación afectiva, pero se hace menos lógica). Y, por más que esté ausente de la argumentación de la sentencia un razonamiento *ad hoc* sobre ese alegato, se deduce claramente que no se ha otorgado el suficiente grado de verosimilitud a esa hipótesis como para debilitar lo que aparece como conclusión más segura: que ambas decidieron conjuntamente esa actuación. Tampoco el voto particular da pábulo a esa posibilidad. De cualquier forma, como se verá más adelante, la cuestión perderá interés pues al acogerse otra de las alegaciones ésta carecerá de alcance alguno.

En todo caso, de la mano de este argumento del recurso se abre una incógnita que tiene mayor interés en relación con el último punto que se discute en sede de presunción de inocencia: el relativo a ese supuesto elemento interno, la “intencionalidad” de ayudar a la organización terrorista, lo que la sentencia llama en algún momento “voluntariedad”. Si no es fácil admitir como hipótesis alternativa posible el pago por una única de las acusadas, sí que lo es especular de forma razonable sobre probables

*divergencias en esa "intencionalidad prevalente", que no es neutra desde el punto de vista penal (incluso, en su caso, y aunque se descarten otros planteamientos posibles apuntados -atipicidad, estado de necesidad...-, en el momento de ponderar la concurrencia de miedo y su nivel y alguno de sus requisitos). El tratamiento absolutamente simétrico de ambas acusadas no es del todo correcto: cabían matices y no se puede renunciar a sopesar como hipótesis plausible un diferente grado de implicación también en lo que respecta a lo que podemos convenir en llamar sin afán de precisión "intencionalidad específica de cooperar". Ese tema se examinará a continuación sin olvidar esta última consideración sobre eventuales discrepancias o diferentes grados de motivación entre una y otra acusada, lo que reforzará la conclusión que finalmente se alcanza.*

**QUINTO.-** *En efecto, en el motivo primero al que se está contestando se encierran dos primeras cuestiones de presunción de inocencia en el sentido que se ha tratado tradicionalmente en casación tal derecho fundamental (prueba de los elementos externos del delito -el pago- y de la participación en él de las recurrentes). Pero hay una última vertiente que está más ligada a lo que la jurisprudencia más clásica consideraba inferencias o "juicios de valor" admitiendo su debate en casación por el cauce del art. 849.1º (hechos internos, intenciones). El tratamiento de unas y otras cuestiones tiende a converger. La jurisprudencia constitucional lo confirma. Tanto unos como otros elementos del delito -objetivos y subjetivos- exigen una prueba que podrá ser directa o indiciaria, pero siempre suficiente. La presunción de inocencia reclama la presencia de prueba bastante respecto de todos y cada uno de los elementos del delito, también los subjetivos. En línea con muchos otros pronunciamientos anteriores lo recuerda la STC 16/2012, de 13 de febrero: "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola, entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 26/2010, de 27 de abril, FJ 6)." (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 24).*

*Y es de añadir "que la prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena tanto de naturaleza objetiva como subjetiva (SSTC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 5; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, y 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 3)." (STC 147/2002, de 15 de julio, FJ 5)".*

*La presunción de inocencia, por tanto, según viene siendo interpretada en la jurisprudencia más reciente abarca también los elementos internos o subjetivos que aunque no son perceptibles por los sentidos, son hechos y sólo pueden darse como acreditados cuando vengan respaldados por una prueba de cargo suficiente que, precisamente por esa peculiaridad (han de deducirse de hechos externos), normalmente será indiciaria.*

*Se han abordado ya en los dos fundamentos de derecho anteriores las dos primeras alegaciones sobre presunción de inocencia. La tercera versa sobre un elemento interno. En el escenario jurisprudencial que se acaba de referir es factible el planteamiento en esta vía que hacen las recurrentes y que luego recuperarán en un motivo posterior (el cuarto) por el cauce clásico del art. 849.1º (revisión de inferencias o juicios de valor).*

*Desde ese prisma hay que analizar en este ámbito de la presunción de inocencia lo que las recurrentes plantean como ausencia de prueba de un ánimo o intencionalidad de ayudar a la organización terrorista. Como se deriva de lo dicho al analizar el art. 576 ese ánimo o intención (lo que la doctrina tradicional llamaría dolo específico) no está exigido por el tipo según la jurisprudencia mayoritaria: basta el dolo genérico. Pero, como también se infiere de lo expuesto, tampoco es indiferente como demuestra el distinto tratamiento dispensado por la Acusación Pública a los investigados respecto de los cuales se habían recabado indicios reveladores de presuntos pagos. Y es que la concurrencia de esa intencionalidad prevalente, aunque no se erija en un elemento del tipo subjetivo, también es relevante incluso en el plano de la inexigibilidad de otra conducta. Mal podrá hablarse de miedo insuperable, o del*



*elemento subjetivo de justificación cuando al dolo genérico -suficiente para integrar el tipo- se superponga esa intención.*

*Las recurrentes, aunque con la mira puesta en ese no exigible elemento subjetivo, aducen al amparo del derecho constitucional a la presunción de inocencia que no ha quedado acreditada la voluntariedad del pago.*

*Si por "voluntariedad" entendemos el componente volitivo del dolo la queja no puede ser atendida. La jurisprudencia, no sin alguna excepción, descarta que el delito de colaboración con banda armada exija un ánimo especial, consistente en buscar precisamente la ayuda a la organización terrorista. Conociéndose que la conducta desplegada está favoreciendo a la banda y asumiéndose esa realidad concurre el dolo, más allá de móviles, finalidades o motivaciones.*

*Entendida con esos condicionantes, sin embargo, la alegación de las recurrentes merece ser acogida, aunque suponga "reformatear" en cierto sentido su planteamiento, reconduciéndolo a otro ámbito no asimilable a ese elemento subjetivo, pero sí penalmente trascendente.*

*Los hechos probados de la sentencia afirman de manera expresa la "voluntariedad" del pago. Con el adverbio empleado ("voluntariamente") parece querer significarse algo distinto de lo que sería el dolo ordinario. El dolo genérico también concurriría en las otras personas que fueron objeto de investigación y respecto de las cuales resultaron indiciariamente acreditados unos pagos. Recreando esa idea, expuesta de manera sintética pero plástica en el factum, al concluir el razonamiento del primer fundamento de derecho afirma la Sala de instancia que las aportaciones se hicieron de forma **voluntaria**. Con ello contextualmente se quiere diferenciar la actitud de las recurrentes frente a la de otros empresarios que también han podido acceder a la extorsión. Se explica con un párrafo bien significativo: "De la prueba practicada como se ha dicho, ha quedado acreditado que lo que se inició como un proceso de extorsión ha devenido en entregas voluntarias, en el que poco a poco va surgiendo, como luego se verá, un estado de ánimo propio del que asume la entrega de fondos como un acto de colaboración con la banda". Al abordarse la calificación jurídica en el segundo de los fundamentos de derecho se vuelve a insistir en esa voluntariedad, destacando con acierto que no es necesaria la coincidencia de fines y ni siquiera la adhesión a los métodos violentos o afinidad ideológica, y se recuerda con toda pertinencia la STS 540/2010 de 8 de junio que expresa que móviles como la amistad o la relación familiar no excluyen el dolo. Incluso y también en eso hay que coincidir con el razonamiento de la sentencia de instancia, la enraizada convicción de la inmoralidad de los medios violentos y las acciones terroristas y su reprobación no excluyen necesariamente la responsabilidad de quien se aviene a colaborar con la actividad de una organización terrorista.*

*Pues bien ese punto que viene a explicar lo que en el factum se sintetiza con el vocablo "voluntariamente" dando a entender una intencionalidad superpuesta al dolo genérico y un menor influjo del temor en la decisión de pagar de la extorsión sufrida, no puede considerarse respaldado por una actividad probatoria de cargo concluyente e inequívoca. La Sala de instancia busca el apoyo probatorio en varios elementos indiciarios: el tono de la carta de "agradecimiento" que reputa más amable y amistoso de lo habitual, hasta cordial; y la opinión de los peritos que estimaron a la vista de la carta "que lo que empezó siendo proceso de extorsión se ha transformado en un proceso de aportación voluntaria, de tal manera que ETA da por saldada la deuda y les anima a contribuir con más dinero". Se hace protesta expresa en la sentencia (y no hay razón alguna para dudar de ello como se sugiere en el segundo de los motivos) de que la eventual adscripción ideológica de las acusadas no ha sido utilizada como elemento incriminatorio. Ni siquiera como mera sospecha. Se deja constancia de datos externos referidos a esas ideas. Pero se insiste por la Audiencia en que ha quedado fuera de toda duda el rechazo tajante por parte de las recurrentes de los métodos violentos de ETA. Se ha empleado esa circunstancia exclusivamente para justificar una lógica mayor facilidad para contactar con entornos que podrían ser más próximos a la banda. En realidad ese dato probatoriamente no añade nada. Es claro que la banda articula sus propias formas de aproximación o canales de comunicación con las personas extorsionadas a través de interlocutores para abrir camino a su objetivo: la recaudación de fondos. Entra también*

*dentro de lo razonable, como explicaron los peritos, que algunas de las personas extorsionadas se jacten de convicciones independentistas, fingidas o reales, con el fin de conseguir despertar alguna complicidad y lograr así un trato económicamente menos gravoso.*

*Esta constelación de elementos permite dudar de que la terminología de la carta sea suficientemente concluyente. Como es habitual en la literatura de la organización, el texto está preñado de una cínica fraseología, presentando como aportación lo que es el fruto de una extorsión; agradeciendo lo que ha sido una imposición; “invitando” a nuevas aportaciones o mostrando gratitud por colaborar con la consecución de la “libertad de Euskal Herria”. La carta dirigida a las dos recurrentes difiere en algunos puntos de otras; pero tampoco de manera tan significativa. Muy expresivo es el paralelismo que se establece en uno de los recursos con algunos de los términos de las iniciales cartas de extorsión: no se contienen amenazas expresas; se presenta como una invitación amable lo que es una extorsión. En el contexto en que se reciben esas primeras cartas y conociéndose a la organización remitente, no es necesario ser más explícito: cualquiera interpreta su contenido como una amenaza. Más quienes, como las recurrentes, han vivido muy de cerca un episodio similar en su familia y han tenido que aprender a convivir con la angustiosa compañía de una amenaza latente y directa. Aunque el tono intimidatorio se vaya elevando en sucesivos envíos en caso de no atenderse al primero, aflorando ya de manera expresa la amenaza, ésta emerge implícita pero inequívoca en la primera comunicación. Quien la recibe será consciente de que la negativa a doblegarse frente a las exigencias económicas conducirá a un proceso en que se endurecerá el tono para acabar convirtiéndose él, su familia, o sus bienes materiales en un objetivo de la organización terrorista, con independencia de su ideología o sus simpatías políticas. La jerga de la banda a la que es inherente un cruel sarcasmo no es un indicio suficiente de que la entrega previa se hiciese con cierto “beneplácito” como llega a considerar la Sala de instancia. Y en este extremo (que del tono de la misiva puede deducirse que lo que comenzó siendo un proceso de extorsión se ha ido transformando en un proceso de aportación voluntaria) la opinión de los peritos es solo una opinión que no tiene más valor que la que pueda formarse cualquier persona aproximándose a la documentación obrante en los autos y al propio informe pericial escrito. Conocido el contexto de ese reprochable método de financiación, se pueden manejar máximas de experiencia para extraer consecuencias de los términos de la carta. La opinión de los peritos en ese punto no es acreedora de una valoración cualificada (sobre esta cuestión del valor del informe pericial versará otro de los motivos posteriores de las recurrentes que será innecesario analizar). La fragilidad del razonamiento a través del cual se deduce un tránsito desde la condición de extorsionadas a la de “voluntarias” y en cierto modo “complacientes” colaboradoras se percibe claramente por fin de la aplicación que hace la sentencia de la eximente incompleta de miedo con efectos atenuatorios.*

*Si la Audiencia acaba por apreciar la concurrencia de miedo se puede poner seriamente en duda ese “cierto grado de beneplácito” que la sentencia atribuye a las acusadas. Si se considera probada la extorsión, y la capacidad de las amenazas para torcer la voluntad de las víctimas y se afirma de forma rotunda que sin las amenazas no se habría producido la aportación, se sientan las bases para rechazar la presencia de una difusa y etérea mayor connivencia con la banda.*

*Por tanto **procede la estimación parcial de este primer motivo** en el sentido de que no existe prueba concluyente de que la aportación económica fuese realizada por ambas hermanas movidas por razones ajenas o superpuestas a la propia extorsión a la que habían sido sometidas. Carece de soporte probatorio suficiente la catalogación como voluntaria de la entrega en el sentido de que no respondiese en exclusiva a la cesión a unas exigencias criminales extorsionadoras de la banda terrorista.*

**SEXTO.-** *Desde esa perspectiva se puede pasar a analizar el quinto motivo que se va a estimar igualmente lo que hará innecesario detenerse de manera específica en los demás motivos. Los motivos segundo a cuarto han sido contestados de forma implícita en el desarrollo anterior. El sexto -relativo a la cuantificación de la cuota de la multa- se diluye si prospera la petición principal (dictado de una segunda sentencia absolutoria).*

*Como se ha argumentado supra y enlazando con los argumentos que servían de pórtico al estudio del recurso, la intencionalidad -"voluntariedad" si respetamos la nomenclatura de la sentencia-, no es un dato neutro a efectos del juicio jurídico de hechos como los aquí analizados. No lo es evidentemente para las posiciones que defienden la exigencia de un dolo específico para colmar el tipo subjetivo del art. 576 (en esa dirección se mueve el voto particular). Pero tampoco lo es ni para quienes ven en esa voluntariedad (entendida como ausencia de coacción delictiva) un elemento del tipo objetivo que vendría reclamada por el sentido del verbo "cooperar"; ni para los que exploran soluciones desde el análisis del estado de necesidad que requiere según la doctrina más solvente un elemento subjetivo de justificación significado con la preposición "en" (en estado de necesidad); ni, tampoco, y esta es la línea que aquí interesa examinar dados los términos del recurso, para solventar de manera correcta la cuestión de si concurre la eximente de miedo insuperable o su valor ha de quedar constreñido al de una atenuación, aunque sea privilegiada.*

*La sentencia mayoritaria rechaza la "insuperabilidad" del miedo, en paralelo a la supuesta progresiva mutación de la actitud de las acusadas que ha sido negada al estimarse el primer motivo del recurso. El alto grado de miedo inicial -explica el cuarto fundamento de derecho de la sentencia- fue disminuyendo hasta convertirse en un sentimiento dominable que confluía con una cierta complacencia en la colaboración económica con la banda. Aunque solo se exterioriza una razón para descartar la exención completa -no se precisaba "mucho valentía" para embriagar el temor-, en realidad el argumento es bifronte: la presencia de ese "cierto grado de beneplácito" no sólo atemperaba el miedo agrandando la capacidad de superarlo -la exigibilidad-, sino que además supondría negar la presencia de uno de los requisitos que la jurisprudencia impone para apreciar una eximente completa de miedo insuperable: que el único móvil sea el miedo. Ese requisito se considera implícito en la palabra "impulsado" que figura en el art. 20.6º. Cuando concurren otros móviles solo cabrá una exención incompleta (STS 778/2004, de 17 de junio).*

*Cuestionada en virtud del acogimiento del motivo de casación por presunción de inocencia la presencia de esos otros móviles diferentes al temor a la extorsión, el debate sobre la procedencia de apreciar la eximente como completa o no, adquiere una nueva dimensión. No es argumento para repudiar el carácter plenamente exonerador esa no acreditada mezcla de motivaciones que resaltaba la sentencia mayoritaria.*

*No culmina, sin embargo, con esa apreciación la discusión sobre el otorgamiento de una eficacia totalmente exculpante al miedo bajo el que se desplegó la conducta objeto de enjuiciamiento. Aún manteniendo el exigible rigor, la jurisprudencia en los últimos años, singularmente a raíz de los cambios introducidos en el Código Penal de 1995 en la definición legal (art. 20.6), ha dulcificado sus posturas sobre esta eximente a la que con justicia se ha considerado como una de las "grandes marginadas" dentro del sistema de causas de exención de la responsabilidad penal. Un elocuente dato es indicativo de ello: en los últimos veinte años del siglo pasado no recayó ni una sola sentencia en que este Tribunal apreciase esa eximente con eficacia exculpante completa. Desde el año 2000, sin embargo, son menos insólitas las sentencias que acogen la exención caracterizada como una causa de inexigibilidad (por todas, SSTs 340/2005, de 8 de marzo o 180/2006, de 16 de febrero) y que atraviesa un proceso de "reconstrucción", también en la dogmática. La amenaza seria de males puede disculpar una actuación del ciudadano no conforme a derecho. El Estado no podría exigirle penalmente un comportamiento que sitúe por encima de bienes personales de singular valor que ve seriamente amenazados el interés general de toda la sociedad. El sacrificio de aquéllos bienes personales en aras de un bien colectivo es elogiable, pero no exigible penalmente. Ese comportamiento reclamaría alguna indulgencia del ordenamiento siempre que se den ciertas condiciones. El principio de inexigibilidad (o el de razonabilidad según prefieren catalogarlo algunos mirando al derecho angloamericano) constituye el fundamento de la exención. La no exigibilidad excluye la responsabilidad penal del sujeto, pero no la antijuricidad del hecho ni su prohibición.*

*Quienes se doblan ante la extorsión de una banda terrorista actúan bajo coacción. Así lo hicieron las recurrentes. Es significativo que en el derecho angloamericano la eximente equiparable al miedo del*

*derecho continental (con todas las matizaciones que se quiera) es conocida como duress (coacción). Es la coacción la causa determinante de la conducta aquí analizada que objetivamente puede ser subsumida en un tipo del Código Penal.*

*No basta cualquier miedo, incluso el irracional, para la exoneración; lo que no excluye que deban ser atendidas las circunstancias concretas de cada persona para medir su "insuperabilidad". En ese orden de cosas ha de atenderse al "hombre medio"; pero no en abstracto; sino al "hombre medio" situado en la posición del autor; lo que en este caso lleva a no despreciar las vivencias anteriores de las dos hermanas relacionadas con la negativa pública de su padre a acceder al pago del impuesto revolucionario y la consiguiente necesidad de custodia a cargo de las fuerzas y cuerpos de seguridad que les acompañó como recordatorio permanente de que se habían erigido en objetivo singularizado de la organización terrorista.*

*Aunque a veces se ha hablado de la necesidad de que el mal que se percibe como amenaza sea "inminente", la doctrina discute esa exigencia no sin sólidos argumentos. Sin duda un mal que se capta como inminente es más apto para dificultar la capacidad de sobreponerse al miedo; pero eso no excluye otras situaciones equiparables aunque el hipotético mal temporalmente sea más lejano. De cualquier forma en el caso de extorsiones como la aquí contemplada el mal estriba tanto en la sensación de inseguridad que genera el saberse objetivo declarado de una banda armada (de lo que sí puede predicarse esa inmediatez), como en el eventual cumplimiento de esas amenazas de atentado contra la propia persona o los bienes. No se puede olvidar que el universo del miedo es territorio nada propicio para ecuaciones con resultados exactos.*

*Esta secuencia argumentativa, aún reconociéndose el enorme margen de valoración que por fuerza ha de presidir una decisión sobre la insuperabilidad del miedo, nos lleva a apartarnos de la decisión de la sentencia mayoritaria. En el caso sometido a la censura casacional, examinado en su contexto y eliminada la presencia de un móvil diferente a la misma coacción de la banda, puede concluirse que no era exigible una conducta adecuada a la norma y que el comportamiento no ha de merecer reproche penal al quedar al abrigo de la eximente completa prevista en el art. 20.6º del Código Penal". [Como puede verse la sentencia comienza con unos comentarios sobre el art. 576 bis precedente del actual art. 576.]*

**Excurso 2) : La STS 541/2011, de 2 de junio (Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez) niega relevancia penal por razones que se deducen de su lectura a la organización de sorteos con el fin de aportar fondos que pudieran destinarse a una organización terrorista<sup>1113</sup>.**

Así se pronuncia el TS:

**HECHOS PROBADOS:** "Ha quedado acreditado en autos que:

**PRIMERO.-** Sobre las 10:30 horas del domingo día 10 de agosto de 2008, en un dispositivo policial de control rutinario de vehículos y personas en prevención de la comisión de delitos montado por los integrantes de la Unidad del Grupo de Acción Rápida de la Guardia Civil con números de identificación

---

<sup>1113</sup> La Audiencia Nacional ha reputado esos hechos constitutivos de un delito de colaboración con banda armada del art. 576 del CP, al entender –y así se precisa en el relato de hechos probados- que los 300 boletos eran transportados por el acusado en el vehículo que conducía "...con intención de ponerlos en la circulación, con objeto de allegar fondos para subvenir las acciones de subversión del orden democrático y los fines de atomización social de las entidades situadas bajo la órbita y control de la organización terrorista ETA. Dinero que no logró obtener debido a la intervención policial que conllevó la incautación de tales papeletas de sorteo".

profesional Q-2189-J y R-78928-D en el punto kilométrico 57 de la Carretera BI-2405, en el término municipal de Berriatua (provincia de Vizcaya), fue parado el vehículo de la marca Volkswagen modelo California con matrícula 5156 GDT, conducido por su propietario y único ocupante, el acusado Lander Fernández Arrinda, mayor de edad y cuyos antecedentes penales se ignoran al no aparecer en las actuaciones.

En la inspección del vehículo, concretamente en el suelo de la parte trasera del asiento del copiloto, fue encontrada una bolsa de plástico que contenía seis talonarios, compuesto cada uno por cincuenta papeletas, con numeraciones correlativas y con un valor cada papeleta de 2 euros.

En el anverso de cada papeleta, encima de las fotos de una furgoneta, de una casa de campo y de un ordenador portátil, aparece a grandes caracteres y en idioma euskera que se trataba de un “sorteo solidario”, y en letras más pequeñas se comunica que “el portador de este boleto juega 2 euros”.

En el reverso de cada papeleta, después de describirse el primero, el segundo y el tercer precio, y antes de informarse que el sorteo se iba a celebrar el día 27 de octubre de 2008 entre las personas poseedoras de cada “boleto de ayuda”, se indica que “Con esta aportación has dado un paso para garantizar los derechos humanos y la dignidad de los presos y de los refugiados”, añadiendo que “Con tu compromiso y con el de todos superaremos la dispersión y sus consecuencias”.

**SEGUNDO.-** 1.- Dicho conjunto de 300 boletos eran transportados por el acusado en el vehículo que conducía con pleno conocimiento y con intención de ponerlos en la circulación, con objeto de allegar fondos para subvenir las acciones de subversión del orden democrático y los fines de atemorización social de las entidades situadas bajo la órbita y control de la organización terrorista ETA. Dinero que no logró obtener debido a la intervención policial que conllevó la incautación de tales papeletas de sorteo”.

2.- En el factum se declara probado que en poder del acusado fueron halladas cincuenta papeletas, con numeraciones correlativas y con un valor por unidad de 2 euros. Añade la sentencia de instancia que “...en el anverso de cada papeleta, encima de las fotos de una furgoneta, de una casa de campo y de un ordenador portátil, aparece a grandes caracteres y en idioma euskera que se trataba de un <sorteo solidario>, y en letras más pequeñas se comunica que <el portador de este boleto juega 2 euros>”. Sigue exponiendo el juicio histórico que “...en el reverso de cada papeleta, después de describirse el primero, el segundo y el tercer premio, y antes de informarse que el sorteo se iba a celebrar el día 27 de octubre de 2008, entre las personas poseedoras de cada <boleto de ayuda>, se indica que <con esta aportación has dado un paso para garantizar los derechos humanos y la dignidad de los presos y de los refugiados>, añadiendo que <con tu compromiso y con el de todos superaremos la dispersión y sus consecuencias>”.

La Audiencia Nacional ha reputado esos hechos constitutivos de un delito de colaboración con banda armada del art. 576 del CP, al entender –y así se precisa en el relato de hechos probados- que los 300 boletos eran transportados por el acusado en el vehículo que conducía “...con intención de ponerlos en la circulación, con objeto de allegar fondos para subvenir las acciones de subversión del orden democrático y los fines de atemorización social de las entidades situadas bajo la órbita y control de la organización terrorista ETA. Dinero que no logró obtener debido a la intervención policial que conllevó la incautación de tales papeletas de sorteo”.

El tipo subjetivo, pues, se construye a partir de un juicio de inferencia, que lleva a concluir al Tribunal de instancia que la acción del acusado estaba filtrada por el propósito de allegar fondos a favor de entidades –no se mencionan- situadas bajo el tutelaje de la organización terrorista ETA, contribuyendo así a la realización de acciones subversivas y de atemorización social.

3.- El discurso impugnativo del recurrente suscita el viejo debate acerca del cauce idóneo para hacer valer la discrepancia en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia proclama la concurrencia de un elemento interno, indispensable para el juicio de tipicidad. La jurisprudencia tradicional ha venido aceptando la revisión de tales inferencias por la vía del art. 849.1 de la LECrim. Es cierto que esa

*fórmula de fiscalización cuenta con el aval de una doctrina constitucional de la que la STC 328/2006, 20 de noviembre, es elocuente muestra. Esta sintonía entre la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala no resuelve el problema de origen, esto es, la aceptación de que, en el fondo, estamos abriendo la puerta a la una revisión del hecho probado, pues la voluntad que anima al agente en el momento de ejecutar la acción típica, forma parte de ésta. La conducta humana no es neutra y la intención del agente, como enseña la dogmática penal que explica la estructura analítica del delito, no puede desgajarse de la acción para ser luego artificialmente analizada en el momento del examen de la culpabilidad. De ahí la necesidad de que, por más que esa heterodoxa vía de examen y revisión casacional del ánimo del agente, siga siendo tónica habitual en nuestra jurisprudencia, se complete con las posibilidades que otorga un tratamiento casacional adecuado del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Y, desde luego, la proclamación por el órgano decisorio de un elemento tendencial totalmente desvinculado del resultado de la actividad probatoria desarrollada durante el juicio oral, no puede reputarse extraña al contenido material del derecho a la presunción de inocencia. De ahí la complementariedad de la vía tradicional del art. 849.I de la LECrim y la que ahora amparan, por el cauce de los arts. 5.4 y 852 de la LECrim, los derechos constitucionales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 y 2 de la CE).*

*4.- Desde la perspectiva que centra nuestra atención, es indudable que el delito de colaboración con banda armada puede cometerse cuando el sujeto recaba para la organización terrorista una aportación económica, por más que ésta pueda camuflarse bajo la aparente inocuidad de una rifa. Así se desprende con nitidez del tenor literal del art. 576 del CP y, a partir de la reforma de la LO 5/2010, 22 de junio, de la nueva redacción del art. 576 bis del mismo texto legal. De ahí que la organización y establecimiento de fuentes de financiación eficazmente dirigidas a nutrir las arcas de la organización terrorista, colmen las exigencias del tipo. Pero también es indispensable que ese acopio de fondos esté básicamente justificado por el propósito de favorecer los fines que identifican al grupo terrorista para el que se capta el dinero. Y esta finalidad ha de quedar claramente reflejada en el factum y ha de ser, al propio tiempo, el resultado de una actividad probatoria cuya valoración tiene que ser también objeto de proclamación expresa.*

*Hemos dicho –cfr. STS 503/2008, 17 de julio– que el tipo objetivo del delito previsto en el art. 576 del CP exige que el acto tenga un significado favorecedor de las actividades de la organización como tal, y en el tipo subjetivo que el sujeto conozca la existencia de la banda armada, grupo u organización terrorista, y conozca además que el acto que se ejecuta contribuye de alguna forma a sus actividades, bien por la propia significación del mismo o bien porque sepa, al realizarlo, que su ejecución se explica sólo por el favorecimiento de la banda y no por cualquier otra posible actividad relacionada con la misma, aunque ignore las razones por las que es positivo para aquéllos o la medida en que lo es.*

*Es cierto que en la sentencia dictada por la Audiencia Nacional se alude al propósito del acusado de allegar fondos para atender los fines subversivos y de atemorización social que son propios de los grupos vivificados por su relación con la organización terrorista ETA. Sin embargo, la justificación probatoria mediante la que se pretende respaldar esa afirmación no puede ser compartida por esta Sala. En el FJ 1, apartado E) el órgano decisorio sitúa en un “...ámbito de desestabilización social” la actuación criminal del acusado, pues “...si bien es cierto que en tales boletos no aparece expresamente mención alguna a la organización u organizaciones bajo cuyas directrices se realizaría el sorteo, como tampoco claramente se vislumbra del logotipo del escultor Eduardo Chillida estampado en cada papeleta la identidad de tales entidades, ello no impide incriminar al acusado, puesto que este Tribunal, superando la controversia sobre el logotipo utilizado, se adentra en la semántica utilizada, que es la propia de aquellas organizaciones ilegalizadas subyugadas a la planificación subversiva y fines terroristas ejercidos por ETA. En el plano teórico, no puede aceptarse que el acusado obrara con una motivación humanitaria y solidaria, puesto que en ningún momento ha traído al juicio prueba alguna de ese eventual proceder. En cambio, sí se ha acumulado contra él la prueba de cargo descrita, que no deja margen para la duda sobre su criminal actuación, aunque lo sea con los contornos de la tentativa” (sic).*

*Como puede apreciarse, la Audiencia Nacional descarta toda motivación humanitaria y solidaria porque el acusado no ha probado que esa era su finalidad. Sin embargo, no es al imputado al que incumbe ese reto probatorio. El texto de las papeletas de rifa de las que se incautó la Guardia Civil –que como la propia sentencia admite no contiene mención alguna a grupos del entorno terrorista- justifica el sorteo con el objeto de “garantizar los derechos humanos y la dignidad de los presos y refugiados”, evitando la dispersión. El que esa finalidad no se ajustara a la realidad y, por el contrario, fuera una simple máscara para ocultar una contribución económica a ETA o a cualquiera de sus organizaciones satélites, tiene que ser objeto de una justificación probatoria más rigurosa. Desde luego, no se ajusta al canon racional de valoración probatoria la afirmación de que, más allá de la interpretación que quiera adjudicarse al logotipo utilizado, el diseño de las papeletas “...se adentra en la semántica” propia de las organizaciones ilegalizadas “...subyugadas a la planificación subversiva y fines terroristas ejercidos por ETA”.*

*Tampoco puede identificarse la Sala con el esquema argumental que pretende extraer inferencias probatorias a partir del testimonio –que el Tribunal a quo califica como dictamen pericial- prestado por dos agentes de la Guardia Civil que se pronunciaron sobre las vinculaciones pasadas del acusado con organizaciones de la izquierda abertzale. La privación de libertad sufrida por Lander Fernández en Francia no puede operar como elemento inculpatario, cuando de lo que se trata es de acreditar que el dinero obtenido con la rifa iba a desbordar la finalidad que reflejaba su propio formato e iba a nutrir las arcas de una organización terrorista. Hemos afirmado en repetidas ocasiones que en el delito de colaboración con banda armada no se sanciona la adhesión ideológica, ni la consecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la banda armada consisten en hacer uso de la violencia, o sea, el terror y la muerte (SSTS 197/1999, 16 de febrero y 532/2003, 19 de mayo).*

*En definitiva, si bien la organización de un sorteo puede haber sido concebida como un instrumento de financiación de las actividades terroristas –y la experiencia indica que se trata de una estrategia nada excepcional-, la condena de quien tiene en su poder los boletos que van a ser objeto de venta, sólo puede justificarse a partir de la prueba de que concurren todos los elementos del tipo objetivo y subjetivo que definen el art. 576 del CP”<sup>1114</sup>*

---

<sup>1114</sup> Con independencia de que no afecta a los motivos de la absolución y al razonamiento del TS, adviértase que la STS parcialmente transcrita se dicta en un escenario en que no existe todavía (son hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del delito previsto por el art. 576 bis del CP) y se acude al tipo más genérico de colaboración con banda armada.

## **CAPÍTULO IV - APENDICE: Las 40 nuevas Recomendaciones del GAFI**

La incorporación de este importante documento elaborado por el Grupo de Acción Financiera (GAFI) a esta tesis es de fundamental importancia pues en estas *Recomendaciones* se encuentra la síntesis de una experiencia adquirida a lo largo de muchos años por diferentes fuentes, gubernamentales o independientes del Estado, las cuales han contribuido para la creación de los estándares fundamentales que inspiran en



la actualidad las acciones de los países y los legisladores nacionales e internacionales<sup>1115</sup>.

Estas Recomendaciones no se refieren tan solo al blanqueo de capitales sino también, y más recientemente, han incorporado experiencias en el campo de la lucha antiterrorista y de su financiación, temas centrales de este trabajo de investigación.

Por esta razón pienso que este texto merece figurar en la tesis, incluso para facilitar su consulta, pues el documento fue ampliamente referido a lo largo del trabajo. La traducción que se presenta es la oficial, extraída del documento OCDE/GAFI:

---

<sup>1115</sup> Como describe la Unidad de Inteligencia Financiera de Argentina (UIF) el GAFI desde su creación, se ha encargado de establecer los estándares internacionales en materia de Lavado de Activos y, años después, también de la Financiación del Terrorismo. Dichos estándares se materializan a través de las llamadas Recomendaciones del GAFI. Las primeras fueron redactadas en el año 1990 para prevenir, principalmente, el lavado de activos proveniente del tráfico ilícito de drogas. Se las llamó las “40 Recomendaciones”. En 1996 fueron modificadas para reflejar la evolución del lavado de activos y sus técnicas, y para ampliar el espectro de los delitos asociados. En octubre de 2001, luego del atentado a las Torres Gemelas en EEUU, el GAFI amplió su objetivo en contra de la financiación de actos y organizaciones terroristas creando las “VIII Recomendaciones Especiales” para la prevención de la financiación del terrorismo. En 2003 las “40 Recomendaciones” fueron revisadas por segunda vez. En 2008 se incorporó la Recomendación Especial IX, vinculada a los estándares contra la financiación del terrorismo. Recientemente, en febrero de 2012, las “40 Recomendaciones” y las “IX Recomendaciones Especiales” fueron unificadas en un sólo texto, abarcando el lavado de activos, la financiación del terrorismo, así como también la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva. Esta unificación no sólo significó un cambio de forma sino, en algunos casos, también de contenido. Así, por ejemplo, es de destacar que el Enfoque Basado en el Riesgo, antes distribuido en varias Recomendaciones, se concentró en una sola que se aplica transversalmente con requerimientos más claros y específicos para los países. El objetivo es que los regímenes ALA/CFT se adapten a los contextos de riesgo específicos con respuestas acordes con la evolución de los riesgos, para lo cual deberán emprender el desarrollo de una evaluación de riesgos a escala nacional, y en función de ello, procurar una asignación más eficiente y una implementación más efectiva de los recursos. En cuanto a la Cooperación y Coordinación Nacional se estableció la necesidad de contar con políticas ALA/CFT a escala nacional, designando a una autoridad responsable o contando con un mecanismo de coordinación responsable, y que haya una revisión regular de las políticas ALA/CFT. Por otra parte, otra novedad fundamental, es la incorporación del delito fiscal como delito precedente del lavado de activos -aspecto sobre el cual Argentina ya se había adelantado en su reforma de la Ley de Lavado de Activos en junio de 2011. Asimismo, se incorporó el deber de considerar la adopción de medidas que permitan que el producto o los instrumentos del delito sean decomisados sin que se requiera una condena penal -decomiso sin condena-. Con respecto a la financiación del terrorismo, se aclaró el estándar, sobre todo en cuanto a la implementación de sanciones financieras dirigidas (TFS, por sus siglas en inglés). Además, en relación a la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva, se insta a los países a implementar TFS para cumplir con las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas relativas a la prevención, represión e interrupción de la proliferación de armas de destrucción masiva y su financiamiento. Las nuevas recomendaciones también hacen mención a que debe impedirse el abuso de estructuras jurídicas y que las autoridades competentes deben tener acceso oportuno a la información del dueño- beneficiario de personas jurídicas y fideicomisos. Las notas interpretativas que acompañan las recomendaciones intentan dar claridad, especificidad y flexibilidad sobre los pasos prácticos que deben dar los países. En el caso específico de los fideicomisos, se establece el deber de los países de requerir a los fiduciarios que obtengan y mantengan la información del dueño- beneficiario, incluyendo fiduciarios, fideicomisarios, etc. Los países deben asegurarse de que los fiduciarios comuniquen su estatus a las instituciones financieras y las APNFD cuando actúan como tales, y se agregan requisitos específicos para la cooperación internacional. (Cfr.: Unidad de Investigación Financiera Argentina, Ministerio ón Financiera Argentina, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos. Para más información: <http://www.uif.gov.ar/uif/index.php/es/gafi> -última actualización agosto del 2015).

"Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación las recomendaciones del GAFI - febrero 2012".

## **A. POLÍTICAS Y COORDINACIÓN ALA/CFT**

### **1. Evaluación de riesgos y aplicación de un enfoque basado en riesgo**

Los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de activos/financiamiento del terrorismo, y deben tomar medidas, incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos, y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente los riesgos. Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (EBR) a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados. Este enfoque debe constituir un fundamento esencial para la asignación eficaz de recursos en todo el régimen antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT) y la implementación de medidas basadas en riesgo en todas las Recomendaciones del GAFI. Cuando los países identifiquen riesgos mayores, éstos deben asegurar que sus respectivos regímenes ALA/CFT aborden adecuadamente tales riesgos. Cuando los países identifiquen riesgos menores, éstos pueden optar por permitir medidas simplificadas para algunas Recomendaciones del GAFI bajo determinadas condiciones.

Los países deben exigir a las instituciones financieras y actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD) que identifiquen, evalúen y tomen una acción eficaz para mitigar sus riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

### **2. Cooperación y coordinación nacional**

Los países deben contar con políticas ALA/CFT a escala nacional, que tomen en cuenta los riesgos identificados, las cuales deben ser sometidas a revisión periódicamente, y deben designar a una autoridad o contar con un mecanismo de coordinación o de otro tipo que sea responsable de dichas políticas.

Los países deben asegurar que, las autoridades que hacen las políticas, la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), las autoridades del orden público, los supervisores y otras

autoridades competentes relevantes, tanto a nivel de formulación de políticas como operativo, cuenten con mecanismos eficaces establecidos que les permita cooperar y, cuando corresponda, entablar entre sí una coordinación a nivel interno en el desarrollo e implementación de políticas y actividades para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

## **B. LAVADO DE ACTIVOS Y DECOMISO**

### **3. Delito de lavado de activos**

Los países deben tipificar el lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes.

### **4. Decomiso y medidas provisionales**

Los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados, (b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes, (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente.

Estas medidas deben incluir la autoridad para: (a) identificar, rastrear y evaluar bienes que están sujetos a decomiso; (b) ejecutar medidas provisionales, como congelamiento y embargo, para prevenir manejos, transferencias o disposición de dichos bienes; (c) adoptar medidas que impidan o anulen acciones que perjudiquen la capacidad del Estado para congelar o embargar o recuperar los bienes sujetos a decomiso; y (d) tomar las medidas de investigación apropiadas.

Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin

condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales.

## **C. FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y FINANCIAMIENTO DE LA PROLIFERACIÓN**

### **5. Delito de financiamiento del terrorismo**

Los países deben tipificar el financiamiento del terrorismo en base al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, y deben tipificar no sólo el financiamiento de actos terroristas, sino también el financiamiento de organizaciones terroristas y terroristas individuales, aún en ausencia de un vínculo con un acto o actos terroristas específicos. Los países deben asegurar que tales delitos sean designados como delitos determinantes del lavado de activos.

### **6. Sanciones financieras dirigidas relacionadas al terrorismo y al financiamiento del terrorismo**

Los países deben implementar regímenes de sanciones financieras para cumplir con las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas a la prevención y represión del terrorismo y el financiamiento del terrorismo. Las Resoluciones exigen a los países que congelen sin demora los fondos u otros activos de, y que aseguren que ningún fondo u otro activo se ponga a disposición, directa o indirectamente, de o para, el beneficio de alguna persona o entidad, ya sea (i) designada por, o bajo la autoridad de, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dentro del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, incluyendo, de conformidad con la resolución 1267 (1999) y sus resoluciones sucesoras; o (ii) designada por ese país en virtud de la resolución 1373 (2001).

### **7. Sanciones financieras dirigidas relacionadas a la proliferación**

Los países deben implementar sanciones financieras dirigidas para cumplir con las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas a la prevención, represión e interrupción de la proliferación de armas de destrucción masiva y su financiamiento. Estas Resoluciones exigen a los países que congelen sin demora los fondos u otros activos de, y que aseguren que ningún fondo u otro activo se ponga a

disposición, directa o indirectamente, de o para el beneficio de, alguna persona o entidad designada por o bajo la autoridad de, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dentro del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

#### **8. Organizaciones sin fines de lucro**

Los países deben revisar la idoneidad de las leyes y regulaciones relativas a las entidades que pueden ser utilizadas indebidamente para el financiamiento del terrorismo. Las organizaciones sin fines de lucro son particularmente vulnerables, y los países deben asegurar que éstas no sean utilizadas indebidamente:

- (a) por organizaciones terroristas que se presenten como entidades legítimas;
- (b) para explotar entidades legítimas como conductos para el financiamiento del terrorismo, incluyendo el propósito de escapar a medidas de congelamiento de activos;
- (c) para esconder u ocultar el desvío clandestino de fondos, destinados a propósitos legítimos, de las organizaciones terroristas.

#### **D. MEDIDAS PREVENTIVAS**

#### **9. Leyes sobre el secreto de las instituciones financieras**

Los países deben asegurar que las leyes sobre el secreto de la institución financiera no impidan la implementación de las Recomendaciones del GAFI. **DEBIDA DILIGENCIA Y MANTENIMIENTO DE REGISTROS**

#### **10. Debita diligencia del cliente**

Debe prohibirse a las instituciones financieras que mantengan cuentas anónimas o cuentas con nombres obviamente ficticios.

Debe exigirse a las instituciones financieras que emprendan medidas de Debita Diligencia del Cliente (DDC) cuando:

- (i) establecen relaciones comerciales;
- (ii) realizan transacciones ocasionales: (i) por encima del umbral aplicable designado (USD/EUR 15,000); o (ii) están ante transferencias electrónicas en las circunstancias que aborda la Nota Interpretativa de la Recomendación 16;

- (iii) existe una sospecha de lavado de activos o financiamiento del terrorismo; o
- (iv) la institución financiera tiene dudas sobre la veracidad o idoneidad de los datos de identificación sobre el cliente obtenidos previamente.

El principio de que las instituciones financieras deben llevar a cabo la DDC debe plasmarse en ley. Cada país puede determinar cómo impone obligaciones específicas de DDC, ya sea mediante ley o medios coercitivos.

Las medidas de DDC a tomar son las siguientes:

- (a) Identificar al cliente y verificar la identidad del cliente utilizando documentos, datos o información confiable, de fuentes independientes.
- (b) Identificar al beneficiario final y tomar medidas razonables para verificar la identidad del beneficiario final, de manera tal que la institución financiera esté convencida de que conoce quién es el beneficiario final. Para las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas, esto debe incluir que las instituciones financieras entiendan la estructura de titularidad y de control del cliente.
- (c) Entender, y cuando corresponda, obtener información sobre el propósito y el carácter que se pretende dar a la relación comercial.
- (d) Realizar una debida diligencia continua de la relación comercial y examinar las transacciones llevadas a cabo a lo largo de esa relación para asegurar que las transacciones que se realicen sean consistentes con el conocimiento que tiene la institución sobre el cliente, su actividad comercial y el perfil de riesgo, incluyendo, cuando sea necesario, la fuente de los fondos.

Debe exigirse a las instituciones financieras que apliquen cada una de las medidas de DDC bajo los párrafos (a) al (d) anteriores, pero deben determinar el alcance de tales medidas utilizando un enfoque basado en riesgo (EBR) de conformidad con las Notas Interpretativas de esta Recomendación y la Recomendación 1.

Debe exigirse a las instituciones financieras que verifiquen la identidad del cliente y del beneficiario final antes o durante el curso del establecimiento de una relación comercial o al realizar transacciones para clientes ocasionales. Los países pueden permitir a las instituciones financieras que completen la verificación tan pronto como sea

razonablemente práctico luego del establecimiento de la relación, cuando los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo se manejen con eficacia y cuando resulte esencial para no interrumpir el curso normal de la actividad.

Si la institución financiera no pudiera cumplir con los requisitos aplicables en los párrafos (a) al (d) anteriores (sujeto a la modificación acorde al alcance de las medidas partiendo de un enfoque basado en riesgo), se le debe exigir a ésta que no abra la cuenta, comience relaciones comerciales o realice la transacción; o se le debe exigir que termine la relación comercial; y debe considerar hacer un reporte de transacciones sospechosas sobre el cliente.

Estos requisitos se deben aplicar a todos los clientes nuevos, aunque las instituciones financieras deben aplicar también esta Recomendación a los clientes existentes atendiendo a la importancia relativa y al riesgo, y deben llevar a cabo una debida diligencia sobre dichas relaciones existentes en los momentos apropiados.

## **11. Mantenimiento de registros**

Debe exigirse a las instituciones financieras que mantengan, por un período de al menos cinco años, todos los registros necesarios sobre las transacciones, tanto locales como internacionales, para que éstas puedan cumplir con rapidez con las peticiones de información solicitadas por las autoridades competentes. Estos registros tienen que ser suficientes para permitir la reconstrucción de transacciones individuales (incluyendo los montos y tipos de moneda involucrada, de haber alguna) de manera tal que se ofrezca evidencia, de ser necesario, para el enjuiciamiento de una actividad criminal.

Debe exigirse a las instituciones financieras que conserven todos los registros obtenidos a través de medidas de DDC (ej.: copias o registros de documentos oficiales de identificación como pasaportes, tarjetas de identidad, licencias de conducción o documentos similares), expedientes de cuentas y correspondencia comercial, incluyendo los resultados de los análisis que se hayan realizado (ej.: investigaciones preliminares para establecer los antecedentes y el propósito de transacciones complejas, inusualmente grandes), por un período de al menos cinco años luego de terminada la relación comercial o después de la fecha de efectuada la transacción ocasional.

Debe exigirse a las instituciones financieras, por ley, que mantengan los registros sobre las transacciones y la información obtenida mediante las medidas de DDC.

La información de DDC y los registros de transacciones deben estar a disposición de las autoridades competentes locales con la debida autorización.

## MEDIDAS ADICIONALES PARA CLIENTES Y ACTIVIDADES ESPECÍFICAS

### **12. Personas expuestas políticamente**

Debe exigirse a las instituciones financieras, con respecto a las personas expuestas políticamente (PEP) extranjeras (ya sea un cliente o beneficiario final), además de ejecutar medidas normales de debida diligencia del cliente, que:

- (a) cuenten con sistemas apropiados de gestión de riesgo para determinar si el cliente o el beneficiario final es una persona expuesta políticamente;
- (b) obtengan la aprobación de la alta gerencia para establecer (o continuar, en el caso de los clientes existentes) dichas relaciones comerciales;
- (c) tomen medidas razonables para establecer la fuente de riqueza y la fuente de los fondos; y
- (d) lleven a cabo un monitoreo continuo intensificado de la relación comercial.

Debe exigirse a las instituciones financieras que tomen medidas razonables para determinar si un cliente o beneficiario final es una PEP local o una persona que tiene o a quien se le ha confiado una función prominente en una organización internacional. En los casos de una relación comercial de mayor riesgo con dichas personas, debe exigirse a las instituciones financieras que apliquen las medidas a las que se hace referencia en los párrafos (b), (c) y (d).

Los requisitos para todos los tipos de PEP deben aplicarse también a los miembros de la familia o asociados cercanos de dichas PEP.

### **13. Banca corresponsal**

Debe exigirse a las instituciones financieras, con respecto a la banca corresponsal transfronteriza y otras relaciones similares, que además de ejecutar medidas normales de debida diligencia del cliente, que:

- (a) reúnan información suficiente sobre la institución representada que les permita comprender cabalmente la naturaleza de los negocios del receptor y determinar, a partir



de la información disponible públicamente, la reputación de la institución y la calidad de la supervisión, incluyendo si ha sido objeto o no a una investigación sobre lavado de activos o financiamiento del terrorismo o a una acción regulatoria;

- (b) evalúen los controles ALA/CFT de la institución representada;
- (c) obtengan la aprobación de la alta gerencia antes de establecer nuevas relaciones corresponsales;
- (d) entiendan claramente las respectivas responsabilidades de cada institución; y
- (e) con respecto a las “cuentas de transferencias de pagos en otras plazas”, estén convencidas de que el banco representado ha llevado a cabo la DDC sobre los clientes que tienen acceso directo a las cuentas del banco corresponsal, y que es capaz de suministrar la información relevante en materia de DDC cuando el banco corresponsal lo solicite.

Debe prohibirse a las instituciones financieras entrar en, o continuar, una relación de banca corresponsal con bancos pantalla. Debe exigirse a las instituciones financieras que estén convencidas de que las instituciones representadas no permitan que sus cuentas sean utilizadas por bancos pantalla.

#### **14. Servicios de transferencia de dinero o valores**

Los países deben tomar medidas para asegurar que las personas naturales o jurídicas que prestan servicios de transferencia de dinero o valores (STDV) tengan licencia o estén registradas, y que estén sujetas a sistemas eficaces para el monitoreo y para asegurar el cumplimiento con las medidas establecidas en las Recomendaciones del GAFI. Los países deben tomar medidas para identificar a las personas naturales o jurídicas que prestan STDV sin contar con una licencia o sin estar registradas, y aplicar las sanciones debidas.

Toda persona natural o jurídica que trabaje como agente debe también tener licencia o estar registrada ante una autoridad competente, o los proveedores de STDV deben mantener una lista actualizada de sus agentes, a la cual tengan acceso las autoridades competentes en los países en los que opera el proveedor de STDV y sus agentes. Los países deben tomar medidas para asegurar que los proveedores de STDV que utilizan

agentes, incluyan a los mismos en sus programas ALA/CFT y supervisar el cumplimiento de dichos programas.

#### **15. Nuevas tecnologías**

Los países y las instituciones financieras deben identificar y evaluar los riesgos de lavado de activos o financiamiento del terrorismo que pudieran surgir con respecto a (a) el desarrollo de nuevos productos y nuevas prácticas comerciales, incluyendo nuevos mecanismos de envío, y (b) el uso de nuevas tecnologías o tecnologías en desarrollo para productos tanto nuevos como los existentes. En el caso de las instituciones financieras, esta evaluación del riesgo debe hacerse antes del lanzamiento de los nuevos productos, prácticas comerciales o el uso de tecnologías nuevas o en desarrollo. Los países y las instituciones financieras deben tomar medidas apropiadas para administrar y mitigar esos riesgos.

#### **16. Transferencias electrónicas**

Los países deben asegurar que las instituciones financieras incluyan la información sobre el originador que se requiere, y que ésta sea precisa, así como la información requerida sobre el beneficiario, en las transferencias electrónicas y mensajes relacionados, y que la información permanezca con la transferencia electrónica o mensaje relacionado a lo largo de toda la cadena de pago.

Los países deben asegurar que las instituciones financieras monitoreen las transferencias electrónicas con el propósito de detectar aquellas que carezcan de la información requerida sobre el originador y/o beneficiario, y tomar las medidas apropiadas.

Los países deben asegurar que, en el contexto del procesamiento de las transferencias electrónicas, las instituciones financieras tomen medidas para congelar y deben prohibir la realización de transacciones con personas y entidades designadas, según las obligaciones plasmadas en las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como la Resolución 1267 (1999) y sus resoluciones sucesoras, y la Resolución 1373(2001), relativa a la prevención y represión del terrorismo y el financiamiento del terrorismo.

### **DEPENDENCIA, CONTROLES Y GRUPOS FINANCIEROS**

#### **17. Dependencia en terceros**

Los países pueden permitir a las instituciones financieras que deleguen en terceros para que realicen los elementos (a)-(c) de las medidas de DDC plasmadas en la Recomendación 10 o introducir negocios, siempre que se cumplan los criterios definidos más abajo. Cuando esta dependencia se permita, la responsabilidad final en cuanto a las medidas de DDC permanece en la institución financiera que depende del tercero.

Los criterios que se deben cumplir son los siguientes:

- (a) Una institución financiera que dependa de un tercero debe obtener inmediatamente la información necesaria sobre los elementos (a)-(c) de las medidas de DDC plasmadas en la Recomendación 10.
- (b) Las instituciones financieras deben tomar medidas adecuadas para asegurarse de que el tercero suministrará, cuando se le solicite y sin demora, copias de los datos de identificación y demás documentación pertinente relativa a los requisitos sobre la DDC.
- (c) La institución financiera debe convencerse de que el tercero está regulado, es supervisado o monitoreado en cuanto a los requisitos sobre la DDC y el mantenimiento de registros, y que cuenta con medidas establecidas para el cumplimiento de los mismos, de acuerdo con las Recomendaciones 10 y 11.
- (d) Al determinar en qué países puede radicar el tercero que cumple con las condiciones, los países deben tomar en cuenta la información disponible sobre el nivel de riesgo de ese país.

Cuando una institución financiera dependa de un tercero que forma parte del mismo grupo financiero, y (i) ese grupo aplica requisitos de DDC y mantenimiento de registros, de acuerdo con las Recomendaciones 10, 11 y 12, así como programas contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, en concordancia con la Recomendación 18; y (ii) cuando la implementación eficaz de esos requisitos de DDC y mantenimiento de registros, así como de los programas ALA/CFT, es supervisada a nivel de grupo por una autoridad competente, las autoridades competentes correspondientes pueden entonces considerar que la institución financiera aplica medidas dentro de los incisos (b) y (c) anteriores mediante su programa de grupo, y puede tomar la decisión de que el inciso (d) no es una precondition necesaria para la delegación cuando el mayor riesgo de un país se mitiga adecuadamente mediante las políticas ALA/CFT del grupo.

## **18. Controles internos y filiales y subsidiarias**

Debe exigirse a las instituciones financieras que implementen programas contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Debe exigirse a los grupos financieros que implementen a nivel de todo el grupo programas contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, incluyendo políticas y procedimientos para intercambiar información dentro del grupo para propósitos ALA/CFT.

Debe exigirse a las instituciones financieras que aseguren que sus sucursales y filiales extranjeras de propiedad mayoritaria apliquen medidas ALA/CFT de acuerdo con los requisitos del país de procedencia para la implementación de las Recomendaciones del GAFI, mediante los programas a nivel de grupo contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

## **19. Países de mayor riesgo**

Debe exigirse a las instituciones financieras que apliquen medidas de debida diligencia intensificada a las relaciones comerciales y transacciones con personas naturales y jurídicas, e instituciones financieras, procedentes de países para los cuales el GAFI hace un llamado en este sentido. El tipo de medidas de debida diligencia intensificada que se aplique debe ser eficaz y proporcional a los riesgos.

Los países deben ser capaces de aplicar contramedidas apropiadas cuando el GAFI haga un llamado para hacerlo. Los países deben ser capaces también de aplicar contramedidas independientemente de algún llamado emitido por el GAFI en este sentido. Tales contramedidas deben ser eficaces y proporcionales a los riesgos.

## **REPORTE DE OPERACIONES SOSPECHOSAS**

### **20. Reporte de operaciones sospechosas**

Si una institución financiera sospecha o tiene motivos razonables para sospechar que los fondos son producto de una actividad criminal, o están relacionados al financiamiento del terrorismo, a ésta se le debe exigir, por ley, que reporte con prontitud sus sospechas a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF).

### **21. Revelación (tipping-off) y confidencialidad**

Las instituciones financieras, sus directores, funcionarios y empleados deben:

- (a) estar protegidos por la ley frente a la responsabilidad penal y civil por violación de alguna restricción sobre la revelación de información impuesta mediante contrato o mediante alguna disposición legislativa, normativa o administrativa, si éstos reportan sus sospechas de buena fe a la UIF, aún cuando no conocieren precisamente cuál era la actividad criminal subyacente, e independientemente de si la actividad ilegal realmente ocurrió o no; y
- (b) tener prohibido por ley revelar (“tipping-off”) el hecho de que se está entregando a la UIF un reporte de operación sospechosa (ROS) o información relacionada.

#### ACTIVIDADES Y PROFESIONES NO FINANCIERAS DESIGNADAS

**22.** APNFD: debida diligencia del cliente. Los requisitos de debida diligencia del cliente y el mantenimiento de registros establecidos en las Recomendaciones 10, 11, 12, 15 y 17, se aplican a las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD) en las siguientes situaciones:

- (a) Casinos - cuando los clientes se involucran en transacciones financieras por un monto igual o mayor al umbral designado aplicable.
- (b) Agentes inmobiliarios - cuando éstos se involucran en transacciones para sus clientes concerniente a la compra y venta de bienes inmobiliarios.
- (c) Comerciantes de metales preciosos y comerciantes de piedras preciosas - cuando éstos se involucran en alguna transacción en efectivo con un cliente por un monto igual o mayor al del umbral designado aplicable.
- (d) Abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores - cuando se disponen a realizar transacciones o realizan transacciones para sus clientes sobre las siguientes actividades:
- compra y venta de bienes inmuebles;
  - administración del dinero, valores u otros activos del cliente;
  - administración de las cuentas bancarias, de ahorros o valores;
  - organización de contribuciones para la creación, operación o administración de empresas;

- creación, operación o administración de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales.

(e) Proveedores de servicios societarios y fideicomisos cuando se disponen a realizar transacciones o realizan transacciones para un cliente sobre las siguientes actividades:

- actuación como agente de creación de personas jurídicas;
- actuación (o arreglo para que otra persona actúe como) como director o apoderado de una sociedad mercantil, un socio de una sociedad o una posición similar con relación a otras personas jurídicas;
- provisión de un domicilio registrado, domicilio comercial o espacio físico, domicilio postal o administrativo para una sociedad mercantil, sociedad o cualquier otra persona jurídica o estructura jurídica;
- actuación (o arreglo para que otra persona actúe ) como fiduciario de un fideicomiso expreso o que desempeñe la función equivalente para otra forma de estructura jurídica;
- actuación (o arreglo para que otra persona actúe ) como un accionista nominal para otra persona.

## **23. APNFD: Otras medidas**

Los requisitos plasmados en las Recomendaciones 18 a la 21 se aplican a todas las actividades y profesiones no financieras designadas, sujeto a los siguientes requisitos:

(a) Debe exigirse a los abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores que reporten las operaciones sospechosas cuando, en nombre de un cliente o por un cliente, se involucran en una transacción financiera con relación a las actividades descritas en el párrafo (d) de la Recomendación 22. Se exhorta firmemente a los países que extiendan el requisito de reporte al resto de las actividades profesionales de los contadores, incluyendo la auditoría.

(b) Debe exigirse a los comerciantes de metales preciosos y comerciantes de piedras preciosas que reporten las operaciones sospechosas cuando se involucran en

alguna transacción en efectivo con un cliente por un monto igual o mayor al umbral designado aplicable.

(c) Debe exigirse a los proveedores de servicios societarios y de fideicomisos que reporten operaciones sospechosas por un cliente cuando, en nombre del cliente o por el cliente, se involucran en una transacción con relación a las actividades a las que se hace referencia en el párrafo (e) de la Recomendación 22.

## **E. TRANSPARENCIA Y BENEFICIARIO FINAL DE PERSONAS JURÍDICAS Y OTRAS ESTRUCTURAS JURÍDICAS**

### **24. Transparencia y beneficiario final de las personas jurídicas**

Los países deben tomar medidas para impedir el uso indebido de las personas jurídicas para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo. Los países deben asegurar que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre el beneficiario final y el control de las personas jurídicas, que las autoridades competentes puedan obtener o a la que puedan tener acceso oportunamente. En particular, los países que tengan personas jurídicas que puedan emitir acciones al portador o certificados de acciones al portador, o que permitan accionistas nominales o directores nominales, deben tomar medidas eficaces para asegurar que éstas no sean utilizadas indebidamente para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo. Los países deben considerar medidas para facilitar el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control por las instituciones financieras y las APNFD que ejecutan los requisitos plasmados en las Recomendaciones 10 y 22.

### **25. Transparencia y beneficiario final de otras estructuras jurídicas**

Los países deben tomar medidas para prevenir el uso indebido de otras estructuras jurídicas para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo. En particular, los países deben

asegurar que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre los fideicomisos expresos, incluyendo información sobre el fideicomitente, fiduciario y los beneficiarios, que las autoridades competentes puedan obtener o a la que puedan tener acceso oportunamente. Los países deben considerar medidas para facilitar el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control por las instituciones

financieras y las APNFD que ejecutan los requisitos establecidos en las Recomendaciones 10 y 22.

## **F. FACULTADES Y RESPONSABILIDADES DE AUTORIDADES COMPETENTES Y OTRAS MEDIDAS INSTITUCIONALES**

### **REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN**

#### **26. Regulación y supervisión de las instituciones financieras**

Los países deben asegurar que las instituciones financieras estén sujetas a una regulación y supervisión adecuadas y que implementen eficazmente las Recomendaciones del GAFI. Las autoridades competentes deben tomar las medidas legales o normativas necesarias para prevenir que los criminales o sus cómplices tengan, o sean el beneficiario final de, o que tengan una participación significativa o mayoritaria en, o que ostenten una función administrativa en una institución financiera. Los países no deben aprobar el establecimiento u operación continuada de bancos pantalla.

En el caso de las instituciones financieras sujetas a los Principios Centrales, las medidas de regulación y supervisión que se aplican para propósitos prudenciales y que son relevantes también para el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, deben aplicarse de una forma similar para propósitos ALA/CFT. Esto debe incluir la aplicación de una supervisión de grupo consolidada para propósitos ALA/CFT.

Las demás instituciones financieras deben recibir licencia o ser registradas y reguladas apropiadamente, y estar sujetas a la supervisión o vigilancia para propósitos ALA/CFT, teniendo en cuenta el riesgo de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo en ese sector. Como mínimo, los negocios que presten un servicio de transferencia de dinero o valores, o de cambio de dinero o moneda, deben recibir licencia o ser registrados, y estar sujetos a sistemas eficaces de monitoreo y asegurar el cumplimiento con los requisitos nacionales ALA/CFT.

#### **27. Facultades de los supervisores**

Los supervisores deben contar con facultades adecuadas para supervisar o monitorear las instituciones financieras y asegurar el cumplimiento por parte de éstas con los requisitos para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, incluyendo autorización para realizar inspecciones. Deben estar autorizados para



requerir la presentación de información por las instituciones financieras que sea relevante para el monitoreo de dicho cumplimiento, e imponer sanciones, de acuerdo con la Recomendación 35, por incumplimiento con dichos requisitos. Los supervisores deben tener la facultad para imponer una gama de sanciones disciplinarias y financieras, y potestad para retirar, restringir o suspender la licencia de la institución financiera, donde corresponda.

## **28. Regulación y supervisión de las APNFD**

Las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas deben estar sujetas a medidas de regulación y supervisión de la forma que se define a continuación:

(a) Los casinos deben estar sujetos a un amplio régimen de regulación y supervisión que asegure que éstos hayan implementado con eficacia las medidas ALA/CFT necesarias. Como mínimo:

- los casinos deben recibir licencia;
- las autoridades competentes deben tomar las medidas legales o normativas necesarias para prevenir que los criminales o sus cómplices tengan, o sean el beneficiario final de, o que tengan una participación significativa o mayoritaria en, o que ostenten una función administrativa en, o que sean un operador de, un casino; y
- Las autoridades competentes deben asegurar que los casinos estén supervisados eficazmente en cuanto al cumplimiento con los requisitos ALA/CFT.

(b) Los países deben asegurar que las demás categorías de APNFD estén sujetas a sistemas eficaces para el monitoreo y asegurar el cumplimiento con los requisitos ALA/CFT. Esto debe hacerse de acuerdo al riesgo. Ello puede ser ejecutado por a) un supervisor o por b) un organismo autorregulador (OAR) apropiado, siempre que dicho organismo pueda asegurar que sus miembros cumplan con sus obligaciones para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

El supervisor o el OAR deben también a) tomar las medidas legales o normativas necesarias para prevenir que los criminales o sus asociados tengan, o sean el beneficiario final de, o que tengan una participación significativa o mayoritaria en, o que ostenten una función administrativa, por ejemplo evaluando a las personas con base en un examen de capacidad e idoneidad “fit and proper”; y (b) tener sanciones efectivas,

adecuadas y disuasivas de acuerdo con la Recomendación 35 para contrarrestar el incumplimiento de los requerimientos de ALA/CFT.

## **OPERATIVO Y ORDEN PÚBLICO**

### **29. Unidades de inteligencia financiera**

Los países deben establecer una Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) que sirva como un centro nacional para la recepción y análisis de: (a) reportes de transacciones sospechosas; y

(b) otra información relevante al lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo, y para la comunicación de los resultados de ese análisis. La UIF debe ser capaz de obtener información adicional de las sujetos obligados, y debe tener acceso oportuno a la información financiera, administrativa y del orden público que requiera para desempeñar sus funciones apropiadamente.

### **30. Responsabilidades de las autoridades de orden público e investigativas \***

Los países deben asegurar que las autoridades del orden público designadas tengan responsabilidad para desarrollar las investigaciones sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo dentro del marco de las políticas nacionales ALA/CFT. Al menos en todos los casos relacionados a delitos que produzcan gran volumen de activos, las autoridades del orden público designadas deben desarrollar una investigación financiera de manera proactiva en paralelo a la persecución del lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo. Ello debe incluir casos en los que el delito determinante asociado ocurre fuera de sus jurisdicciones. Los países deben asegurar que las autoridades competentes tengan responsabilidad en la rápida identificación, rastreo e inicio de acciones para congelar y embargar bienes que están, o puedan ser o estar, sujetos a decomiso, o que se sospecha que son producto del crimen. Los países deben utilizar también, cuando sea necesario, grupos multidisciplinarios permanentes o temporales especializados en investigaciones financieras o de activos. Los países deben asegurar que, cuando sea necesario, se lleven a cabo investigaciones cooperativas con las autoridades competentes apropiadas en otros países.

### **31. Facultades de las autoridades de orden público e investigativas**

Al efectuar investigaciones de lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo, las autoridades competentes deben ser capaces de obtener acceso a todos los documentos e información necesaria para utilizarla en esas investigaciones, así como en procesos judiciales y acciones relacionadas. Ello debe incluir la facultad para exigir la presentación de los registros en poder de las instituciones financieras, las APNFD y otras personas naturales o jurídicas, para la búsqueda de personas y lugares, para la toma de declaraciones de testigos, y para el embargo y obtención de evidencia.

Los países deben asegurar que las autoridades competentes que realizan investigaciones sean capaces de utilizar una amplia gama de técnicas investigativas pertinentes para la investigación de lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo. Estas técnicas investigativas incluyen: operaciones encubiertas, interceptación de comunicaciones, acceso a sistemas computarizados y entregas vigiladas. Además, los países deben contar con mecanismos eficaces establecidos para identificar, oportunamente, si las personas naturales o jurídicas tienen cuentas o controlan cuentas. Deben asimismo poseer mecanismos para asegurar que las autoridades competentes cuenten con un proceso para identificar activos sin notificación previa al propietario. Al realizar investigaciones de lavado de activos, delitos determinantes asociados y financiamiento del terrorismo, las autoridades competentes deben ser capaces de pedir toda la información relevante en poder de la UIF.

### **32. Transporte de efectivo**

Los países deben contar con medidas establecidas para detectar el transporte físico transfronterizo de moneda e instrumentos negociables , incluyendo a través de un sistema de declaración y/o revelación.

Los países deben asegurar que sus autoridades competentes cuenten con la autoridad legal para detener o restringir moneda o instrumentos negociables al portador sobre los que se sospecha una relación con el financiamiento del terrorismo, el lavado de activos o delitos determinantes , o que son declarados o revelados falsamente.

Los países deben asegurar que se disponga de sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas para tratar a las personas que hacen una declaración(es) o revelación(es) falsa(s). En los casos en los que la moneda o los instrumentos negociables al portador

estén relacionados al financiamiento del terrorismo, el lavado de activos o delitos determinantes, los países deben además adoptar medidas, incluyendo medidas legislativas, de acuerdo con la Recomendación 4, que permitan el decomiso de dicha moneda o instrumentos.

## **REQUISITOS GENERALES**

### **33. Estadísticas**

Los países deben mantener amplias estadísticas sobre los asuntos relevantes a la eficacia y eficiencia de sus sistemas ALA/CFT. Esto debe incluir estadísticas sobre los ROS recibidos y divulgados; acerca de las investigaciones, procesos y condenas de lavado de activos y financiamiento del terrorismo; sobre los bienes congelados, incautados y decomisados; y acerca de la asistencia legal mutua u otras solicitudes internacionales de cooperación.

### **34. Guía y retroalimentación**

Las autoridades competentes y los OAR deben establecer directrices y ofrecer retroalimentación que ayude a las instituciones financieras y actividades y profesiones no financieras designadas en la aplicación de medidas nacionales para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, y, en particular, en la detección y reporte de transacciones sospechosas.

## **SANCIONES**

### **35. Sanciones**

Los países deben asegurar que exista una gama de sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas, sean penales, civiles o administrativas, que estén disponibles para tratar a las personas naturales o jurídicas cubiertas en las Recomendaciones 6 y 8 a la 23, que incumplan con los requisitos ALA/CFT. Las sanciones deben ser aplicables no sólo a las instituciones financieras y a las APNFD, sino también a sus directores y la alta gerencia.

## **G. COOPERACIÓN INTERNACIONAL**

### **36. Instrumentos internacionales**

Los países deben tomar medidas inmediatas para ser parte de, e implementar a plenitud, la Convención de Viena, 1988; la Convención de Palermo, 2000; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003; y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, 1999. Cuando corresponda, se exhorta también a los países a ratificar e implementar otras convenciones internacionales relevantes, como la Convención del Consejo de Europa sobre el Crimen Cibernético, 2001; la Convención Interamericana contra el Terrorismo, 2002; y el Convenio del Consejo de Europa sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Decomiso de los Productos de un Delito y sobre el Financiamiento del Terrorismo, 2005.

### **37. Asistencia legal mutua**

Los países deben prestar rápida, constructiva y eficazmente, el mayor rango posible de asistencia legal mutua con relación a investigaciones, procedimientos judiciales y procesos relacionados con el lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo. Los países deben contar con una base jurídica adecuada para prestar asistencia y, cuando corresponda, deben tener establecidos tratados, acuerdos u otros mecanismos para mejorar la cooperación. En particular, los países deben:

- (a) No prohibir, o dar lugar a condiciones restrictivas poco razonables o indebidas, en la prestación de asistencia legal mutua.
- (b) Asegurar que cuenten con procesos claros y eficaces para la priorización y ejecución oportuna de solicitudes de asistencia legal mutua. Los países deben también utilizar una autoridad central u otro mecanismo oficial establecido, para la transmisión y ejecución eficaz de las solicitudes. Para monitorear el progreso de las peticiones, debe mantenerse un sistema de administración de casos.
- (c) No negarse a ejecutar una solicitud de asistencia legal mutua por el único motivo de que se considera que el delito involucra también asuntos fiscales.
- (d) No negarse a ejecutar una solicitud de asistencia legal mutua basándose en que las leyes exigen a las instituciones financieras que mantengan el secreto o la confidencialidad.

(e) Mantener la confidencialidad de las solicitudes de asistencia legal mutua que reciben y la información en ellas contenida, sujeto a los principios fundamentales de derecho interno, con el objeto de proteger la integridad de la investigación o la investigación preliminar. Si el país que recibe la petición no puede cumplir con el requisito de confidencialidad, debe informarlo con prontitud al país que emite la solicitud.

Los países deben prestar asistencia legal mutua, pese a la ausencia de la doble incriminación, si la asistencia no involucra acciones coercitivas. Los países deben considerar la adopción de las medidas que sean necesarias para poder prestar un amplio nivel de asistencia en ausencia de la doble incriminación.

Cuando se requiera de la doble incriminación para la asistencia legal mutua, debe considerarse como cumplido ese requisito independientemente de si ambos países colocan el delito dentro de la misma categoría de delito o denominan el delito utilizando la misma terminología, siempre que ambos países tipifiquen la conducta que subyace en el delito.

Los países deben asegurar que, de las facultades y técnicas investigativas que se requieren dentro de la Recomendación 31, y cualquier otra potestad y técnica investigativa al alcance de sus autoridades competentes:

(a) todas las que estén relacionadas a la presentación, búsqueda e incautación de información, documentos o evidencia (incluyendo registros financieros) de las

instituciones financieras u otras personas, y la toma de declaraciones de testigos; y

(b) una amplia gama de otras facultades y técnicas investigativas;

estén también disponibles para ser usadas en respuesta a peticiones de asistencia legal mutua, y, si son compatibles con sus respectivos marcos, para responder a solicitudes directas emanadas de autoridades judiciales o del orden público extranjeras dirigidas a contrapartes nacionales.

Para evitar conflictos de jurisdicción, debe considerarse el diseño y aplicación de mecanismos para determinar el mejor lugar para el enjuiciamiento de los imputados en interés de la justicia en casos que estén sujetos a proceso en más de un país.

Al emitir solicitudes de asistencia legal mutua, los países deben hacer los mayores esfuerzos para ofrecer información completa de los hechos y legal que permita la ejecución oportuna y eficiente de las peticiones, incluyendo alguna necesidad de urgencia, y deben enviar las solicitudes utilizando medios expeditos. Los países deben, antes de enviar las peticiones, hacer sus mejores esfuerzos para precisar los requisitos y las formalidades legales a fin de obtener la asistencia.

Las autoridades responsables de la asistencia legal mutua (ej.: una Autoridad Central) deben recibir los adecuados recursos financieros, humanos y técnicos. Los países deben tener establecidos procesos para asegurar que el personal de dichas autoridades mantenga elevados estándares profesionales, incluyendo estándares sobre la confidencialidad, y que tengan una elevada integridad y cuenten con las habilidades apropiadas.

### **38. Asistencia legal mutua: congelamiento y decomiso**

Los países deben asegurar que cuenten con la autoridad para tomar una acción rápida en respuesta a solicitudes extranjeras para identificar, congelar, embargar y decomisar bienes lavados; productos del lavado de activos, de los delitos determinantes y del financiamiento del terrorismo; instrumentos utilizados en, o destinados para ser usados en, la comisión de estos delitos; o bienes de valor equivalente. Esta autoridad debe incluir, ser capaz de responder a solicitudes emitidas partiendo de procesos de decomiso sin la base de una condena y medidas provisionales relacionadas, a menos que ello no se corresponda con los principios fundamentales de sus leyes internas. Los países deben contar también con mecanismos eficaces para administrar dichos bienes, instrumentos o bienes de valor equivalente, así como acuerdos para coordinar procesos de embargo y decomiso, lo cual debe incluir la repartición de activos decomisados.

### **39. Extradición**

Los países deben ejecutar constructiva y eficazmente, las solicitudes de extradición con relación al lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, sin una demora indebida. Los países deben también tomar todas las medidas posibles para asegurar que no ofrezcan refugio seguro a individuos acusados de financiamiento del terrorismo, actos terroristas o a organizaciones terroristas. En particular, los países deben:

- (a) asegurar que el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean delitos extraditables;
- (b) asegurar que cuenten con procesos claros y eficientes para la ejecución oportuna de peticiones de extradición, incluyendo la priorización, cuando corresponda. Para monitorear el progreso de las peticiones, debe mantenerse un sistema de administración de casos;
- (c) no dar lugar a condiciones restrictivas poco razonables o indebidas, en la ejecución de solicitudes; y
- (d) asegurar que cuenten con un marco jurídico adecuado para la extradición.

Cada país debe extraditar a sus propios nacionales o, cuando un país no lo haga solamente por el motivo de la nacionalidad, ese país debe, a petición del país que persigue la extradición, presentar el caso, sin una demora indebida, a sus autoridades competentes con el propósito de procesar los delitos plasmados en la petición. Esas autoridades deben tomar su decisión y llevar a cabo sus procesos de la misma forma en que procede para cualquier otro delito de carácter grave dentro de la ley interna de ese país. Los países involucrados deben cooperar entre sí, en particular en los aspectos de procedimiento y de las pruebas, para asegurar la eficiencia de tales procesos judiciales.

Cuando se requiera la doble incriminación para la extradición, debe considerarse como cumplido ese requisito independientemente de si ambos países colocan el delito dentro de la misma categoría de delito o denominan el delito utilizando la misma terminología, siempre que ambos países tipifiquen la conducta que subyace en el delito.

De acuerdo con los principios fundamentales de derecho interno, los países deben poseer mecanismos simplificados de extradición, como el permitir la transmisión directa de solicitudes para la realización de detención provisionales entre las autoridades apropiadas, extradición de personas sobre la base sólo de órdenes de detención o juicios, o introducción de una extradición simplificada de personas que lo consienten y que renuncian a los procesos formales de extradición. Las autoridades responsables de la extradición deben contar con los adecuados recursos financieros, humanos y técnicos. Los países deben tener establecidos procesos para asegurar que el personal de dichas autoridades mantenga elevados estándares profesionales, incluyendo estándares sobre la



confidencialidad, y que tengan una elevada integridad y cuenten con las habilidades apropiadas.

#### **40. Otras formas de cooperación internacional**

Los países deben asegurar que sus autoridades competentes puedan, rápida, constructiva y eficazmente, prestar el mayor rango de cooperación internacional con relación al lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo. Los países deben hacerlo espontáneamente y siguiendo una solicitud, y debe existir una base legal para prestar la cooperación. Los países deben autorizar a sus autoridades competentes a utilizar los medios más eficientes para cooperar. Si una autoridad competente necesita acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales, como un Memorando de Entendimiento (MOU), éstos deben negociarse y firmarse a tiempo, con una amplia gama de contrapartes extranjeras.

Las autoridades competentes deben utilizar canales o mecanismos claros para la transmisión y ejecución eficaz de solicitudes de información u otros tipos de asistencia. Las autoridades competentes deben contar con procesos claros y eficientes para la priorización y ejecución oportuna de solicitudes, y para la salvaguarda de la información recibida.

## CAPÍTULO V - CONCLUSIONES

- 1) El avance de los delitos económicos en las últimas décadas del siglo pasado, junto a otras formas de macroadelincuencia (como el narcotráfico y la delincuencia organizada) ha provocado una toma de *consciencia* a nivel internacional acerca de la necesidad de que existan *normas supranacionales*, mecanismos e instrumentos jurídicos que puedan ofrecer una respuesta a tales problemas. Entre estos delitos merecen ser especialmente destacados el blanqueo de capitales, el terrorismo y su financiación. La comunidad internacional también ha demostrado una gran preocupación por el problema de la corrupción. En el escenario internacional se han multiplicado las reglas y acuerdos supranacionales, todos tendentes a obligar a los distintos países a modernizar y adaptar sus legislaciones internas en base a un conjunto de principios generales que buscan la armonización de la regulación jurídica de estos temas, mediante la formulación de un consenso normativo mínimo y uniforme. Parte de la estrategia internacional de lucha contra la criminalidad ha estado centrada también en una firme creencia en estrategias de naturaleza preventiva, lo que ha abierto paso a una serie de normas de diferente tipo (desde administrativas hasta Convenciones o Tratados internacionales) como forma de crear una barrera de prevención al delito. Del mismo modo han sido concebidas importantes medidas de lucha contra el delito basadas en su vertiente financiera. Instrumentos como el decomiso de los bienes tendentes a privar a los delincuentes de las ganancias obtenidas, legislaciones que permiten la extinción del dominio sobre bienes relacionados con la droga, la criminalidad organizada o el terrorismo, y la organización de un sistema de seguimiento y listas negras de países o entidades no cooperantes han sido aspectos muy evidentes en el escenario internacional de las últimas décadas. Ello se refleja también en la existencia de una estrategia basada en la experiencia estadounidense representada por la expresión “follow the money” en el sentido de que cada vez el Estado se preocupa en perseguir a los delitos y a los delincuentes por la vía financiera, no limitando sus acciones al delito de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico, sino incluyendo un enfoque más amplio que se refiere a bienes procedentes de

cualquier delito, o a frente a bienes lícitos relacionados con la financiación del terrorismo.

- 2) El *incremento de la delincuencia transnacional* ha determinado el surgimiento de una *política internacional* considerada como mínima y necesaria en términos de respuestas jurídicas por parte de los países. Esta política ha posibilitado el surgimiento de *normas* como: a) La Convención de Viena de 1988; b) La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; c) La Convención de Naciones Unidas sobre la Corrupción ; d) El Programa Mundial contra el Blanqueo de Dinero en el ámbito de las Naciones Unidas e) La Recomendación R80 y las primeras iniciativas f) La Convención del Consejo de Europa sobre el blanqueo de 1990 g) La Decisión Marco del Consejo de Europa 2001/500/JAI de 25 de junio de 2001 h) El Convenio de Varsovia de 16 de mayo de 2005 i) El Tratado de Lisboa j) La nueva Directiva 2015/849 de 20 de mayo de 2015 del Parlamento y del Consejo.
  
- 3) La *política internacional* que ha nacido en respuesta al problema de la macrodelincuencia está, en parte, basada en *respuestas extrapenales*. Entre tales respuestas se encuentran: a) la regulación del ámbito económico-financiero por medio de normativas, directivas, y reglamentos; b) la reordenación del sistema bancario; c) la revisión de derechos como el secreto bancario y profesional; d) la creación de organismos internacionales para el seguimiento del problema (como el GAFI); e) la concepción de órganos administrativos para el enfrentar ciertos tipos de delincuencia (como las UIFs – Unidades de Inteligencia Financiera dedicadas a combatir el blanqueo de capitales); e) la creación de deberes de vigilancia y de garantía a los particulares; f) etc... En este sentido se ha fortalecido el Derecho Penal Internacional, los acuerdos y tratados que permiten acciones policiales, aduaneras o de fiscalización sin las trabas vigentes en el clásico sistema de Justicia de principios del siglo pasado. Se puede afirmar que en la actualidad ha nacido un nuevo sistema normativo internacional, más fortalecido, ágil y solidario. La jurisdicción penal ha ganado fuerza y espacio transnacional y los delitos han dejado de estar vinculados al principio de territorialidad. La posibilidad del cumplimiento de órdenes judiciales de captura y detención en

otros países, o de bloqueo o congelación de bienes en otras jurisdicciones han sido instrumentos largamente utilizados en la última década, especialmente frente a casos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

- 4) El GAFI (Grupo de Acción Financiera también conocido por FAFT - *Financial Action Task Force*) ha sido creado con el objetivo de formular estándares internacionales en materia de blanqueo de dinero y, posteriormente, también sobre la financiación del terrorismo. Estos objetivos se han materializado principalmente a través de análisis del sistema jurídico internacional y de los distintos países, de sus respectivas estructuras administrativas, concluyendo con la formulación de “Recomendaciones” de sentido orientativo. Se puede afirmar que su papel ha sido fundamental en las últimas décadas para que se pueda conocer, comprender, prevenir y reprimir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Uno de sus trabajos más destacados e importantes ha sido la formulación de 40 recomendaciones sobre el tema. El texto de este documento consiste básicamente en una serie de medidas destinadas a orientar al sistema financiero para que adopte “buenas prácticas” para prevenir la utilización del tráfico jurídico-económico como cauce de operaciones de fondo ilícito, o la instrumentalización del sistema bancario por parte del crimen organizado. Entre sus importantes contribuciones está la evaluación periódica que realiza de los países miembros de la comunidad internacional. El informe sobre la “Cuarta Ronda de Evaluación Mutua” publicado en París el 5 de diciembre de 2014 reconoce que el país ha actualizado su legislación para luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Se puede concluir que España ha avanzado bastante en esta materia.

- 5) La nueva *política internacional* relacionada con la macrodelincuencia ha pasado a considerar al *Derecho penal* como una de las principales vías para enfrentar este problema. Esta tendencia se ha potenciado en las últimas décadas, lo que se percibe por una verdadera expansión del Derecho penal en el ámbito de delitos difusos o colectivos, entre los cuales se encuentra la delincuencia socioeconómica (donde a su vez se ubica el delito de blanqueo

de capitales). Por consiguiente esta *política internacional* se ha convertido en una *política-criminal internacional* sobre la materia. Algo parece haberse perdido en medio del camino, pues el delito de blanqueo de dinero - que originariamente aparece de forma tangencial en la discusión acerca de la droga - ha pasado a representar un verdadero instrumento central en manos del legislador, atribuyendo en los últimos tiempos al delito de blanqueo de capitales la función de protección de bienes jurídicos en segundo grado, funcionando como una segunda carga penal permanente en relación a hechos considerados graves por su vulnerabilidad a bienes jurídicos de relieve. Existe una tendencia por la utilización del blanqueo de capitales como una vuelta de tuerca más en la represión penal, sin grandes preocupaciones acerca de la pertinencia dogmático-científica que ello representa y sin los pudores propios de una manera consecuente de legislar de acuerdo con el viejo y tradicional Derecho Penal. El coste de esta expansión de regulación penal metanormativa ha traído consecuencias muy relevantes acerca del diseño legislativo penal de lo que hoy se encuentra plasmado en los diferentes tipos penales de los distintos países, siendo una de las causas del adelantamiento de las barreras de protección de la norma penal a niveles nunca antes vistos, lo que, de cierta manera, ha contribuido a erosionar aún más la coherencia del tradicional sistema de garantías construido a lo largo de la historia por el Derecho Penal.

- 6) El *agravamiento del problema del terrorismo* en las últimas décadas del siglo pasado y principios de este siglo ha sido una realidad percibida a nivel mundial y ha afectado a casi todos los países. Este problema ha llevado a las naciones a un consenso en el sentido de que son necesarias *respuestas* cada vez más efectivas, duras, rápidas y preventivas frente a este tipo de delincuencia. La normativa internacional empieza a cambiar en este sentido para adoptar una creciente restricción de derechos fundamentales e históricas garantías (como el secreto bancario y profesional) doblegados en favor de intereses colectivos y demandas de seguridad por parte de la sociedad. Ante el inevitable avance de la criminalidad, la legislación sobre el blanqueo de dinero, siempre atenta a las necesidades de eficacia, no ha tenido otra alternativa que pasar por profundos cambios. Por todo ello, se ha formado en

el escenario mundial la opinión de que esta temeraria situación era absolutamente insostenible, de tal suerte que sería razonable exigir de los agentes financieros una creciente colaboración en el sentido de lograr la construcción de un sistema caracterizado por un mayor rigor legal, basado en el deber de diligencia administrativa y en el control de las transacciones.

- 7) El camino elegido por el *legislador interno* de los países ha sido adoptar como fuente de inspiración el consenso internacional sobre la macrodelincuencia, dando origen a un proceso de *reformas legislativas* vividas por casi todas las naciones en el sentido de *incorporar a su ordenamiento jurídico nacional las normas internacionales de prevención y represión a delitos como el blanqueo de capitales y el terrorismo*. Esta situación se advierte en España con las repetidas reformas del Código Penal y de la legislación extrapenal relacionada con estos temas. Esta también ha sido una característica de la realidad legislativa en Brasil.

En el mismo sentido, y como resultado de una fuerte presión internacional, diversos países han introducido en su legislación normas específicas sobre la materia, especialmente para cubrir los espacios normativos y las lagunas de punibilidad derivadas de la precaria regulación jurídica anterior.

- 8) El *bien jurídico* sigue siendo un tema importante para el Derecho penal. Su evolución a lo largo del siglo pasado ha sido influenciada por factores históricos. Esta evolución ha posibilitado el surgimiento de *diferentes teorías respecto del tema*. Merecen especial atención las teorías constitucionales y sociológicas. Hasta hoy el debate sobre el bien jurídico - sobre su naturaleza, función y sentido – sigue abierto, envuelto en una encendida polémica doctrinal.
- 9) El tema del *bien jurídico* es particularmente relevante cuando se trata del estudio del *delito de blanqueo de capitales* en la medida en que este tipo de criminalidad ha pasado por profundas transformaciones en las últimas décadas. Este tipo de delito es relativamente reciente y todavía existen importantes discusiones en la doctrina sobre cuál es su bien jurídico. En este campo se han suscrito algunas teorías, de las cuales merecen ser destacadas:

a) la Administración de Justicia; b) el mismo bien jurídico del delito previo; c) el aspecto pluriofensivo del delito de blanqueo; e) la finalidad de descubrimiento de delitos; f) la seguridad del Estado; g) la libre competencia; h) el orden socioeconómico. Nuestra postura ha sido reconocer la relevancia del orden socioeconómico como bien jurídico protegido en el blanqueo de capitales.

**10)** La cuestión del *terrorismo* ha conferido un inmenso protagonismo a los problemas relacionados con su *financiación*. En el ámbito internacional ha nacido un *consenso* en el sentido de que *la financiación del terrorismo debe ser combatida por todos los países*. La prevención de este tipo de fenómeno también ha sido elegida como un objetivo a seguir por todas las naciones.

**11)** Para alcanzar el objetivo de controlar y combatir la financiación del terrorismo la comunidad internacional ha utilizado los mismos instrumentos jurídicos históricamente manejados para enfrentar otros problemas como el narcotráfico, el crimen organizado, la corrupción y el propio terrorismo. De esta manera, *se han modificado algunas normas internacionales y han sido concebidos nuevos y específicos instrumentos* para enfrentar el problema de la financiación del terrorismo (como las Resoluciones del Consejo de Seguridad y del Consejo de Europa, las Directivas europeas, etc.).

**12)** El *GAFI* (Grupo de Acción Financiera) también ha sido llamado a actuar en el campo de la lucha contra la *financiación del terrorismo*. Este organismo ha revisado sus *Recomendaciones* para incluir nuevas directrices específicas sobre esta materia. El órgano también ha iniciado una serie de trabajos de orientación y fiscalización de los Estados miembros de la comunidad internacional en el sentido de suscribir la *política internacional antiterrorista*, aumentar los niveles de seguridad en las relaciones financieras, formular criterios mínimos de evaluación de riesgos, crear estándares y buenas prácticas y potenciar la concientización sobre la necesidad de un compromiso permanente acerca del efectivo cumplimiento de la legislación sobre la materia y la cooperación internacional.

- 13) La *cooperación internacional* ha emergido como uno de los instrumentos más importantes para el enfrentamiento de la macrodelincuencia. Su importancia ha sido reconocida en todos los documentos internacionales que han surgido - o han sido modificados - en las últimas décadas.
- 14) Las mismas razones que han determinado *reformas legislativas* en los países para enfrentar la macrodelincuencia (relacionada con el narcotráfico, el crimen organizado, la corrupción, el blanqueo de capitales, y el terrorismo) han llevado al legislador penal español a introducir el *nuevo delito de financiación del terrorismo en España*, representado por el *artículo 576 del Código Penal*. Este nuevo delito responde a compromisos internacionales asumidos por España a nivel internacional. Concluimos en que es correcta esta postura de armonización legislativa.
- 15) No obstante, desde diferentes sectores de la doctrina penal, han surgido cuestionamientos y críticas acerca del nuevo delito de financiación del terrorismo (art. 576 CPE). La incorporación de este delito al ordenamiento jurídico-penal español no era de todo imprescindible, considerando que la financiación del terrorismo es desde hace muchos años un fenómeno suficientemente combatido en el país sobre la base de un arsenal de delitos que ya existían en el Código Penal capaces de ofrecer una respuesta suficiente y eficaz acerca del problema. Sin embargo, entiendo que la incorporación del tipo penal de financiación del terrorismo era necesaria para evitar vacíos legales y de protección penal.
- 16) Entre las *características del nuevo delito de financiación del terrorismo* se puede afirmar que el tipo admite tanto la forma dolosa como culposa. En un primer plano hay que decir que el delito de financiación del terrorismo del nuevo art. 576 es básicamente un delito doloso, libre, y que puede ser cometido por cualquier tipo de sujeto. Es un tipo común, con amplísima gama de conductas subsumibles a la norma penal dada la variedad de verbos típicos que presenta, y representa de cierta manera una anticipación de la tutela penal. Estas conductas, aparte de su imprecisión, son amplísimas (nada



es más amplio que decir “por cualquier medio”...) y merecen una crítica al analizarlas conforme al principio de taxatividad de la norma penal.

17) El *bien jurídico del delito de financiación del terrorismo*, bajo nuestro punto de vista, es el mismo del *delito de terrorismo*. Pienso que la financiación del terrorismo comparte el mismo interés que los delitos relacionados al terrorismo buscan proteger. Cuando se busca combatir la financiación de conductas que favorecen económicamente las organizaciones terroristas se están protegiendo en última instancia los mismos bienes jurídicos afectados por las acciones que el terrorismo desarrolla. Es posible llegar a esta conclusión ante el análisis que hicimos del bien jurídico del delito de blanqueo de capitales en el Capítulo II de esta tesis, lo que pone en evidencia que el terrorismo y su financiación son delitos que tienen muy distinta naturaleza y buscan defender bienes jurídicos muy diferentes que los intereses que se buscan proteger con el delito de blanqueo de capitales, que además es un delito socioeconómico.

18) Una vez realizada la detallada descripción de las principales características del *delito de blanqueo de capitales* (artículo 301 y siguientes del Código Penal) y del *delito de financiación del terrorismo* (artículo 576 del Código Penal) es posible afirmar que estamos ante *figuras penales muy diferentes*. Esta característica del delito de financiación del terrorismo le distingue del blanqueo de capitales y enmarca una de las principales diferencias entre ambos crímenes: el blanqueo de capitales exige la procedencia ilícita de los bienes, y la financiación del terrorismo puede construirse sobre la base de bienes lícitos.

19) El delito de *blanqueo de capitales* y el delito de *financiación del terrorismo* tienen una naturaleza muy distinta, y por lo tanto, sus *bienes jurídicos* son *diferentes*: el delito de blanqueo de capitales es un delito socioeconómico y la financiación del terrorismo es una figura penal que atenta contra los mismos bienes jurídicos protegidos por los delitos relacionados al terrorismo.

- 20) No obstante, se puede observar y constatar en la *normativa internacional* que ambos fenómenos (el *blanqueo de capitales* y la *financiación*) han sido *tratados en común* y dentro de un mismo contexto. La política-criminal sobre esta materia pone en el mismo entorno ambas realidades, de manera imbricada. Estos delitos han sido regulados jurídicamente en conjunto, existiendo una cierta mezcla de temas y de respuestas. Esta manera de encarar ambos fenómenos es imprecisa, incorrecta y ofrece muchos puntos criticables.
- 21) La *financiación del terrorismo* se realiza de diferentes y muy variadas *formas* y todas ellas confirman que es necesaria una política-criminal preventiva sobre la materia.
- 22) Existe una *relación entre el sentimiento de inseguridad global y la delincuencia socioeconómica*, en la cual el delito de blanqueo de capitales es protagonista.
- 23) El *papel de la doctrina* es fundamental en la actualidad. El Derecho penal está expandiendo su ámbito de manera muy intensa en las últimas décadas, principalmente en relación a la macrodelincuencia. Esta expansión se nota en el campo de del delito de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Una de las características de este proceso expansionista es la relativización de derechos fundamentales y de históricas garantías. Por esa razón se afirma que el análisis crítico por parte de la doctrina constituye una importante herramienta para frenar el poder omnímodo del Estado sobre el individuo.
- 24) La *financiación del terrorismo* está relacionada con la *ciberseguridad*. En este sentido se puede hablar de ciberfinanciación del terrorismo.
- 25) La nueva *Directiva 2015/849* UE del Parlamento Europeo y del consejo, de 21 de mayo de 2015 amplía la intervención del Estado en el ámbito de derechos fundamentales. El secreto bancario y profesional han sido afectados

por esta nueva normativa. Se han ampliado el rol de sujetos obligados, los deberes de vigilancia, obligaciones y compromisos por parte de profesionales que actúan en el ámbito económico-financiero. Tales circunstancias impactan sobre derechos individuales y merecen una reflexión.

- 26) En el ámbito de los *delitos antecedentes del blanqueo de capitales* es cuestionable la inclusión de los *delitos fiscales*. Nos decantamos por una interpretación restrictiva acerca de esta posibilidad, y defendemos que es correcta la postura dogmática esgrimida en el voto divergente de la Sentencia 974/2012 del Tribunal Supremo sobre la materia.
- 27) La *prevención* de los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo debería ser el enfoque principal y la vía siempre preferente ante el avance desmesurado de medidas de carácter represivo y la franca expansión del Derecho penal en esta materia. No se puede aceptar la vulneración de derechos fundamentales y de históricas garantías construidas a lo largo de los últimos siglos en detrimento de demandas colectivas de seguridad.

## VI – BIBLIOGRAFIA

- ABEL SOUTO, M.: *Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español*. En AVVV, (coords. Abel Souto/Sánchez Stewart) IIIº Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ABEL SOUTO, M.: *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 2002.
- ABEL SOUTO, M.: *El delito de blanqueo en el Código Penal Español*. Editora Bosch. Barcelona, 2005.
- AGUIRRE, E.: *Baratta y el bien jurídico. SERTA - In memoriam Alessandri Baratta*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2004.
- ALCÁCER GUIRAO, R.: *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Apuntes sobre el concepto material del delito, Ed. Atelier, Barcelona, 2003.
- ALCÁCER GUIRAO, R.: *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- ALIAGA MÉNDEZ, J.A.: *Normativa Comentada de Prevención del Blanqueo de Capitales y el Prólogo de Javier Zaragoza*. La Ley. Madrid, 2010.
- ALVAREZ FEIJÓO, M.: *Delito fiscal y blanqueo de capitales*. Legal Today de 18 de mayo de 2009. disponible en [http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/blanqueo\\_capitales/delitofiscal-y-blanqueo-de-capitales](http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/blanqueo_capitales/delitofiscal-y-blanqueo-de-capitales).
- ÁLVAREZ PASTOR, D.; PALACIOS, F.E.: *Operaciones financieras en el extranjero*. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- AMBOS K. : *“Lavagem de dinheiro e direito penal”*, Sergio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre, Brasil, 2007.
- AMBOS, K.: *Bien jurídico y harm principle: bases teóricas para determinar la "función global" del Derecho Penal Internacional*. En Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, 2013.
- AMELUNG, K.: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum-Verlag, Frankfurt, 1972.
- ANTONIO DE BARROS, M.: *“Lavagem” de capitais e obrigações civis correlatas*. Ed. RT São Paulo, 2004.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ARIAS MERLANO, J.C.: *El sistema democrático y la seguridad interior como bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de dinero*. En AVVV(coords. Abel Souto/Sánchez Stewart), IIIº Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ARROYO ZAPATERO, L.: *Delitos socioeconómicos*. En VIVES ANTÓN, Tomás, y MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (dirs.) Estudios sobre el Código Penal de 1995, Parte Especial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

AZORÍN MOLINA, J.A.: *Derecho de defensa y secreto profesional del Abogado. Especial referencia al conflicto en el ámbito del blanqueo de capitales*, en Revista jurídica de la Región de Murcia, Murcia, 2007.

BACIGALUPO, E. *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*, Civitas, Navarra, 2012.

BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho Penal Económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales*. En Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995.

BAJO FERNANDEZ, M.: *La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal*. En “Estudios penales. Libro homenaje al profesor José Antón Oneca, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos*, en VVAA, *Política criminal y reforma penal*. Libro homenaje a Juan del Rosal, Madrid, 1993.

BAJO FERNANDEZ, M.; BACIGALUPO, S.: *Política criminal y blanqueo de capitales*. Marcial Pons, Madrid, 2009.

BARATTA, A.: *Criminología critica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito ‘Il codice Rocco cinquant’anni dopo’ e risposta a Marinucci. La Questione Criminale*, III, 1981.

BARATTA, A.: *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal. Lineamientos de una teoría del bien jurídico*. En Revista Guatemalteca de Ciencias Penales y Justicia Penal, Guatemala, 1994.

BARATTA, A.: *Positivism giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teorici e ideologici dello sviluppo della scienza penalística tedesca dall’inizio del secolo al 1933*, Ed. Giuffré, Milán, 1966.

- BECCARIA: *Tratado de los delitos y de las penas* - Capítulo III, traducción de BERNALDO DE QUIROS, Editorial Cajicas, México, 1957.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *El delito de lesiones*. ISBN – 84-7481-191-0. Ediciones de la Universidad Salamanca, Salamanca 1982.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Revisión del contenido del bien jurídico honor*, en ADPCP 1984.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Viejo y nuevo Derecho Penal*. Ed. Iustel. Madrid, 2012
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I; FERRE OLIVE, J.C.: *Todo sobre el fraude tributario*. Ed. Praxis, Barcelona, 1994.
- BERNASCONI, R.: *Die Geldwäscherei im schweizerischen Strafrecht. Bericht mit Vorschlägen zu einer Gesetzesrevision - neuer Art. 305 bis StGB, Auftr. d. Eidgen. Justiz. Polizeidepartamentes*, Lugano, 1986.
- BETTIOL, G.: *Diritto penale, Parte Generale*, 5ª ed., Padua, 1962.
- BIRNBAUM, J.M.F.: *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*. 1834, Edición consultada: ejemplar de la “New York Public Library” - Astor Lenox and Tilden Funtation, nº 398229 - New York, 1907.
- BLANCO CORDERO, I.: *¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español?* En *Athena Intelligence Journal* (ISSN-e: 1988-5237) 2009.
- BLANCO CORDERO, I.: *“La cuota tributaria defraudada como objeto material del delito de blanqueo de capitales”* – en AVVV, (coords. Abel Souto/Sánchez Stewart) IIIº Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BLANCO CORDERO, I.: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª Edición, Aranzadi, Navarra, 2012.
- BLANCO CORDERO, I.: *El delito fiscal como actividad delictiva previa del delito de blanqueo de capitales*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. , RECPC 13-01, 2011.
- BLANCO CORDERO, I.: *El derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 06-05, 2004.

BLANCO CORDERO, I.: *La amnistía fiscal*, en AAVV Martí Fernández, J.; Blanco Cordero, I; Monedero Arandilla, J.L.; Salido Gusi, J, *La amnistía fiscal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BLANCO CORDERO, I.: *La evasión Tributaria como Delito Precedente del Lavado Activos*, en AAVV (coord. Bertazza – D’Albora) *Tratado de Lavado de Activos y financiación del Terrorismo*. La Ley, Buenos Aires, 2012.

BOTTKE, W.: *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania*, En *Revista Penal*, nº 2, Editorial Praxis.1998.

BOTTKE, W.: *Sobre la legitimidad del Derecho penal económico en sentido estricto y sus descripciones típicas específicas*. En AAVV *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid,1995.

BRICOLA, E.: “*Teoría generale del reato*” en *Novissimo Digesto Italiano*, VOL. XIX, Turín, 1973.

CALLEGARI, A. L.: *Imputação Objetiva – Lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

CAMPOS NAVAS, D.: *Lavado de dinero y delito fiscal. Posibilidad de que el delito fiscal sea del delito precedente al de blanqueo de capitales*. La Ley, Madrid, 2005.

CAPPA, E.; DOMENICO CERQUA, L.: *Il riciclaggio del denaro, il fenómeno, il reato, le norme di contrasto*. Giuffrè Editore, Milán, 2012.

CASTALDO, A.: *Técnicas de tutela y de intervención en el nuevo Derecho penal bancario italiano*. En: ADPCP 1994.

CASTILHO, E.W.V.: *Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro*, en: *REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS*. RT , São Paulo, 2004.

CERVINI, R.: *Lei de lavagem de capitais* (et. TERRA DE OLIVEIRA, W., y GOMES, L.F.) Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

CEVALLO, J.F.; TORRES, J.: *Blanqueo de capitales y principio de lesividad*, Salamanca, 2013

CID GÓMEZ, J.M.: *Detección del blanqueo y sus efectos socioeconómicos – especial referencia a la formación de empleados en AVVV*, (coords. Abel Souto/Sánchez Stewart) IIIº Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

COBO DEL ROSAL; VIVES ANTÓN: *Derecho Penal, Parte General*. 5ª Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

COCA VILA, I.: *El abogado frente al blanqueo de capitales*, en InDret, nº 4/2013, Barcelona, 2013.

COUTO DE BRITO, A.: *Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal*. Revista Penal México, nº 6- 2014.

COUTO DE BRITO, A.: *Execução Penal*. Ed. Quartier Latin, San Pablo, 2006.

CUERDA RIEZU, A.: *¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?*, en Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *¿Puede ser el delito fiscal delito precedente del delito de blanqueo de capitales?* La Ley: Revista jurídica española de doctrina, Madrid, 2002.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *El Patrimonio Criminal (comiso y pérdida de la ganancia)*, Madrid, 2001.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *La organización criminal. Aspectos penales y procesales*, Madrid, 2000. También publicado en el Boletín del Colegio de Abogados de Madrid, Blanqueo de capitales, nº 37, septiembre 2007.

DANIEL PORTERO: *“La trama civil de ETA”* Ed. Arcopress, Madrid, 2008.

DANNECKER, G.: *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario europeo*, traducción de Carmen Bascón Granados, Marcial Pons, Madrid, 2001.

DAVIN, J.: *A criminalidade organizada transnacional – A Cooperação Judiciária e Policial na EU*. Ed. Almedina, Coimbra, 2007.

DE CARLI, C. V.: *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Ed. Verbo Jurídico, Porto Alegre 2008.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: *El marco normativo de las drogas en España*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Reus, 1987.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: *Financiación del terrorismo y responsabilidad penal en el Derecho Español*. En AAVV (dir. González Cussac/ coord. Fernández Hernández) *Financiación del Terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito de blanqueo en el nuevo Código Penal*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DELMANTO, R.: *Leis Penais Especiais Comentadas*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2006.



DELMAS-MARTY, M. y VERVAELE J.: *The implementation of the Corpus Juris in the Member States: penal provisions for the protection of European Finances*. Intersentia, Antwerp, 2000.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M.: *El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales*. En AVVV, (coords. Abel Souto/Sánchez Stewart) IIIº Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?* En “Comentario a la STS, Sala 2ª, de 8 de octubre de 1991”, Revista Poder Judicial nº 24, Madrid 1991.

DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J.: *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español*, DYKINSON, Madrid, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español*, en Actualidad Penal, nº 32, 5-11, septiembre 1994.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente*, en ADPCP, Fascículo II, 1987.

DOMENICO, C.: *Seqüestro e arresto de bens nos crimes contra o sistema financeiro e lavagem de capitais*, en Revista Brasileira de Ciências Criminais Año 16 - nº 75, São Paulo. RT, 2008.

FABIÁN CAPARROS, E. : *Consideraciones de urgencia sobre la Ley Organica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificacion delCodigo Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas*. ADPCP 1993.

FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial COLEX, Madrid, 1988.

FARIA COSTA, J.: *El blanqueo de capitales. Algunas reflexiones a la luz del Derecho penal y de la política criminal*. En Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995.

FEIJOO SÁNCHEZ, J.B.: “*La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona, InDret 2/2008.

FELIPE RENART GARCÍA: *El delito de blanqueo en el Código Penal Suizo*, accesible en [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t\\_20080528\\_50.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_50.pdf). 2008.

FERNÁNDEZ CRUZ, J.A.: *Fraude fiscal y lavado de capitales*. En Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, nº 7, Chile, 2009.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: *Prevención y represión de la financiación del terrorismo en Estados Unidos y España: un análisis comparado*. En AAVV Financiación del Terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico. Monografías. Director José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

FERRAJOLI, L.: *Derecho Penal Mínimo y bienes jurídicos fundamentales* (accesible en [http://juareztavares.com/textos/ferrajoli\\_bens\\_minimo.pdf](http://juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf) ).1992.

FERRAJOLI, L.: *La normativa antiriciclaggio, Represione penale, Adempimento amministrativi degli intermediari finanziari, Strumenti e tecniche di investigazione, Profili internazionali*. Terza edizione. Pirola Editore, Milán, 1994.

FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Blanqueo de capitales y criminalidad organizada*. En FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLÓ, Enrique (eds.) Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Universidad de Huelva, Huelva1992.

FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Blanqueo de capitales y criminalidad organizada*. En: REYNA ALFARO, L.M. Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa. Ara, Lima, 2005.

FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Corrupción, crimen organizado y blanqueo de capitales en el mercado financiero*, en AAVV Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario, Ed. Univ. Salamanca, Salamanca, 2002.

FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Derecho Penal Colombiano. Principios Fundamentales y sistema*. Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, Colombia, 2010.

FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Derecho Penal y competencia de las Comunidades Europeas*, Estudios de Derecho Penal Económico, Coord. Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994.

FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Direito Penal Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, Brasil, 2011.

FERRÉ OLIVÉ, J.C.: “*Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo*”, AA.VV., en: Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico, dirigido por González Cussac, J. L., Monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

FERRÉ OLIVÉ, J.C.: *Una nueva trilogía en el Derecho Penal Tributario: fraude, regularización y blanqueo de capitales*. En Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación. Nº 372, 2014.

FILIU, J-P.: *Apocalypse in Islam*, University of California (accesible en [www.ucpress.edu](http://www.ucpress.edu)), 2012.

FILIU, J-P.: *The arab revolution, comparative politics and international studies series*, Oxford University Press, 2011.

FEUERBACH, P.J.A.R.: *Tratado de derecho penal*, traducción al castellano de la 14ª edición alemana por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

GARCÍA RIVAS, N.: *El poder punitivo del Estado*. En Colección Estudios – Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996.

GARCÍA RIVAS, N.: *Globalización y justicia penal universal: paralelismos*. In: El Derecho Penal frente a la inseguridad global. Editorial Bomarzo, Madrid, 2007.

GIMBERNAT, E.: *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*. Editorial Tecnos. Madrid, 1999.

GODEFROY, T.; LASCOUMES, P.: *El Capitalismo Clandestino – La obscena realidad de los paraísos fiscales*. Ed. Paidós, Barcelona, 2004.

GODEFROY, T.; LASCOUMES, P.: *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica – Cuaderno de Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2005.

GOMES, L. F.: *A lavagem de capitais como expressão do “direito penal globalizado”: enfoque crítico*. En: SHECAIRA, S. (org.) Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século). Ed. Método, São Paulo, 2001.

GOMES, L.F.; CERVINI, R.; TERRA DE OLIVEIRA, W.: *Lei de “lavagem” de capitais*. Ed. RT, São Paulo, 1998.

GÓMEZ BENITEZ: *“Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal”*, en Cuadernos de Política Criminal 91, CPC, Madrid, 2007.

GÓMEZ COLOMER, J-L.: *Complejidades de la prueba en el proceso penal español moderno*. Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI. Buenos Aires. 2010..

GÓMEZ PAVÓN, P.: “*Cuestiones actuales del Derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas*”, en 2ª época, nº extraordinario 1º. Revista de Derecho Penal y Criminología, año 2000.

GÓMEZ PAVÓN, P.: *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*, en Cuadernos de Política Criminal, nº 53, 1994.

GÓMEZ PAVÓN, P.: *El encubrimiento, Artículos 17 y 18 del Código Penal*, Ed. Trivium Madrid, 1988.

GÓMEZ PAVÓN, P.: “*Las insolvencias punibles en el Código Penal actual*”, en nº 64 Cuadernos de Política Criminal, año 1998.

GÓMEZ PAVÓN, P.: “*La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social en el artículo 307,3 del Código Penal español*”, en nº 9, *Derecho penal mínimo: revista de análisis jurídico penal*, julio de 2012.

GÓMEZ PAVÓN, P.: “*La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*”, en Álvarez García, F. J., Cobos Gómez de Linares, M. A., Gómez Pavón, P., et. al. (coords.): *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GÓMEZ PAVÓN, P.; BUSTOS RUBIO, M.: “*Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal*”, Revista Penal México nº 6, 2014.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Estrategias legales frente a las ciberamenazas* –Revista Cuadernos de Estrategia (Ministerio de Defensa) nº 149, 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico* en el libro *Financiación del Terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Intromisión en la intimidad y servicios de inteligencia*. Un Derecho Penal Comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *El nuevo delito de financiación del terrorismo: consideraciones acerca de su necesidad y conveniencia*, en el libro *Financiación del Terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

GONZÁLEZ RUS, J.: *Bien Jurídico y Constitución (Bases para una Teoría)*. Fundación Juan March, Madrid, 1983.

GONZÁLEZ RUS, J.: *Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial*. Siracusa, 15-18 de octubre de 1981, ADPCP Madrid, 1982.

GRACIA MARTÍN, L.: *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*". Editorial Tecnos. Madrid, 1999.

GRACIA MARTÍN, L.: *Fundamentos de Dogmática Penal*. Editorial IDEMSA, Lima, Perú, 2005.

GRASSO, G.: *Comunidades europeas y Derecho penal. Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los Estados miembros*, traducción de Nicolás García Rivas. Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1993.

GUINARTE CABADA: *La política criminal de la Unión Europea en materia de blanqueo de capitales. Especial referencia a las nuevas propuestas de directivas de 2013*. En AAVV (coords. Abel Souto/Sánchez Stewart) III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GUNARATNA, R.: *Al Qaeda. Viaje al interior del terrorismo islamista*. Traducción de Harris, S.T.; Barcelona, 2003.

HASSEMER, W.: *"Fundamentos del Derecho Penal"*, Editora Bosch, Barcelona, 1984.

HASSEMER, W.: *"¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?"*, en: HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

HASSEMER, W.: *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Athenäum, Frankfurt, 1973.

HASSEMER y NEUMANN, en KINDHÄUSER, NEUMANN y PAEFFGEN (eds.), *Nomos: Kommentar zum StGB*, 2.a ed., edición 2005.

HEFENDEHL, HIRSCH, WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, Nomos, 2003.

HEFENDEHL, R.: *El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa*. En Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Ed. Edisofer. Tomo I, Madrid, 2008.

HEFENDEHL, R.: *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Heymanns, 2002.

HEFENDEHL, R.: *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

HEISBOURG, F.: *Hiperterrorismo:; la nueva guerra*. Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2002.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Bien jurídico y estado social democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. 2ª. Edición. Santiago de Chile - ConoSur, 1992.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: "*Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, el hecho y la necesaria reforma del sistema penal español*" en *Hacia un derecho penal económico europeo / Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: "*Política penal en el Estado democrático*", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. 37, Fascículo/Mes 2, 1984.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Política penal en el estado democrático. "El poder penal del Estado : homenaje a Hilde Kaufmann"*. Buenos Aires, 1985.

HÖRNLE, T.: *Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*. ISBN 978-3-465-03350-9. Editorial Klostermann, Alemania, Berlín, 2005.

HORTON, P.B.; LESLIE, G.R.: "*The sociology of social problems*". Ed. Englewood Cliffs. N. Jersey, 1965.

IMOLIN: "*El blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo: la respuesta de Naciones Unidas*" Publicado por *United Nations Office on Drugs and Crime Office* (Vienna International Centre), 2010. Accessible en: <http://www.imolin.org/pdf/imolin/UNres03s.pdf>

JÄGER, HERBERT: *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten: eine kriminalsoziologische Untersuchung* Stuttgart, Enke Verlag, 1957.

JAKOBS, Günther, "*¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*", Libro homenaje. El funcionalismo en el Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Traducción y adiciones de Derecho español realizadas por MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Cuarta edición. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares – Granada. 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Buenos Aires, Losada, 1992.

JIMÉNEZ SANZ, C.: *El blanqueo de capitales*. Tesis doctoral presentada en 16 de abril de 2009 ante la Universidad Rey Juan Carlos. Director: José María ESPINAR VICENTE (Depto. Derecho Privado/Economía). Madrid, 2009.

JIMENEZ SEGADO, C.: *Carl Schmitt y las ideas penales de la Escuela de Kiel*. ADPCP Tomo 62, 2009.

KLIP, A.: *The Constitution for Europe and Criminal Law, a step not far enough*, en: Maastricht journal of European and comparative law, ISSN 1023-263X, Vol. 12, Nº 2, HeinOnline, 2005.

LAMPE, E.J.: “*Der neue Tatbestand der Geldwäsche*” (§ 261 StGB) publicado en Juristen Zeitung, 1994.

LANDECHO VELASCO, C.; MOLINA BLÁSQUEZ, C.: *Derecho Penal Español – Parte General*. 5. ed. Tecnos, Madrid, 1996.

LAQUEUR, W.: *Terrorismo*, traducción de López Muñoz, Espasa-Calpe, Madrid, 1980.

LAUER, ROBERT H.: *Defining Social Problems: Public and Professional Perspectives Social Problems*. Report of Southern Illinois University at Edwardsville. Editorial de la Universidad de California, 1976.

LORETA NOPOLEONE: *YIHAD – Cómo se financia el terrorismo en la nueva economía* (título original – The Modern Yihad) Pluto Press, Londres , 2004.

LUHMANN -"Funktionen und Folgen formaler Organisation", Berlín, 1964.

LUZÓN PEÑA, D.M.: *Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de la Justicia*. En “La reforma Penal y Penitenciaria”. Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1980.

LLOBET ANGLÍ, M.: *Terrorismo y “guerra” contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático*. Ed. La Ley, Barcelona. 2010.

MANGAS MARTÍN: “*Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución española de 1978*”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1981.

MANTOVANI, F.: *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in Scritti Mortati, IV, Milán, 1977.

MARTÍN VELASCO, L.: *Instrumentos jurídicos contra la financiación del terrorismo desde el 11-S*. Título en Inglés: Law enforcement against financing of terrorism since 9/11. En Revista: Inteligencia y Seguridad. Revista de Análisis y Prospectiva, 2007.

MARTINELLI, J. P.: *Lavagem de Dinheiro: Análise crítica do bem jurídico*. Jundiaí: inhouse, 2011.

MARTÍNEZ ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO: *El autoblanqueo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte Especial. 4º ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte General. 4º ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Bien jurídico y derecho penal económico*” publicado en "Crisis Financiera y Derecho Penal Económico". Editorial EDISOFER. Serie Europa-América, Argentina-Madrid, Buenos Aires, 2014.

MARTOS NÚÑEZ: “*Principios Penales en el Estado Social y Democrático de Derecho*”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED, España, nº. 1, 1991.

MARX, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, Ed. Heymanns, Köln, 1972.

MAURACH, R.; ZIPF, H.: *Derecho Penal – parte general*. Astrea, Buenos Aires, 1994.

MERINO HERRERA, J.: *Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo*. En Revista Penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MEZGER, E.: *Derecho Penal. Libro de estudio*. Parte General. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

MEZGER, E.: *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Ed. Bosh, Barcelona, 1976.

MIR PUIG: *Derecho Penal, Parte General*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990.

MIRAT HERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> P.: *Detenciones ilegales (Artículo 163 del Código Penal)*. “*La discusión en torno al bien jurídico después de siglo y medio, no ha ofrecido ninguna respuesta unánime*”. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 2001.

MOCCIA, S.: *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*. En Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fascículo 3, , 1995.

MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “*¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?*” en AAVV (coord. BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO) *Política criminal y blanqueo de capitales*” Marcial Pons, Madrid, 2009.

MONEDERO ARANDILLA, J.L.; SALIDO GUSI, J.; coordinador, MARTÍN FERNANDES, J.: *La amnistía fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MORAES PITOMBO, A. S.: “*Lavagem*” de Dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. Ed. RT, São Paulo, 2003.



MORAL DE LA ROSA, J.: *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*. Información General. Editores: Centro de Estudios Financieros, España, 2005.

MORAL DE LA ROSA, J.: *Financiación del terrorismo*. En *Financiación del Terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*. Director José Luis González Cussac. Coordinador Antonio FERÁNDEZ HERNÁNDEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MOUGENOT BONFIM, M.: *Lavagem de Dinheiro*. Ed. Malheiros, São Paulo, 2005.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCIA ARAN, M. *Derecho Penal. Parte General*. 8a. ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, F.: *Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales*. En AAVV (coords. Abel Souto/Sánchez Stewart) Iº Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero. coords. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MUÑOZ CONDE, F.: *Cuestiones en torno al bien jurídico protegido en el blanqueo de capitales*. En AAVV(coords. Abel Souto/Sánchez Stewart) IIIº Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 20ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

NAPOLEONI, L.: *Yihad – Como se financia el terrorismo en la nueva economía* – Ed. Urbano Tendencias, 2004.

NIETO MARTÍN, A.: “*El Derecho Penal a la espera de una constitución*”, en *El Derecho Penal de la Unión Europea, situación actual y perspectivas de futuro*. Colección Marino Barbero Santos, Director: Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007.

NIETO MARTÍN, A.: “*Modelos y principios de organización del sistema europeo de Derecho Penal* en AAVV (Ortega coord.) *La seguridad integral europea*. Valladolid, 2005.

NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Algunos aspectos conflictivos sobre el nuevo delito de financiación del terrorismo del art. 576 bis del Código Penal*, *Revista General de Derecho Penal*, nº 16, 2011.

NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

OBREGÓN GARCÍA, A.; GÓMEZ LANZ, J.: *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de la teoría del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

OBREGÓN GARCÍA, A., GÓMEZ LANZ, J.: *“Teoría general de la pena”*, en Molina Blázquez, M. C. (coord.), VV. AA., *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: estudio práctico*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

ORTS BERENGUER, E.- *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales*, Coord. por MIGUEL ABEL SOUTO y NIELSON SÁNCHEZ STEWART, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ORTS BERENGUER, E.; GONZALEZ CUSSAC, J.: *Compendio de Derecho penal Parte General y Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ORTS BERENGUER, E.; GONZALEZ CUSSAC, J.: *Compendio de Derecho penal Parte General*. 4ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

PALMA HERRERA, J.M.: *Los delitos de blanqueo de capitales*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Ed. EDERSA, Madrid, 2000.

PAREDES CASTAÑÓN: *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales*, Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 11, 2003.

PASSAS, N.; GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A.: *La financiación del terrorismo de Al-Qaeda: mitos y realidades en Inteligencia y seguridad*: Revista de análisis y prospectiva, 2007.

PEDRAZZI, C.: *El bien jurídico en los delitos económicos*. En “La reforma penal: delitos socio-económicos.” Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, coord. BARBERO SANTOS, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.

PÉREZ CEPEDA, A.I.: *El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal* - en *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, Editorial Bomarzo, Madrid, 2007.

PODVAL, R.: *Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial*. En SILVA FRANCO, A. y STOCO, R. (coord.). Ed. RT, São Paulo, 2002.

POLLARI, N.: *Tecnica delle inchieste patrimoniali per la lotta alla criminalità organizzata*. Edizione Laura Robuffo, Roma, 1995.

PORTERO HENARES, M.: *Regulación penal sobre terrorismo en los países miembros de la Unión Europea*, en *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, Editorial Bomarzo, Madrid, 2007.

PORTILLA CONTRERAS, G.: *La influencia de las ciencias sociales en el Derecho Penal*. En AAVV *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo*.

Coordinadores Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto Martín. Cuenca, 2015.

PUPPE, I.: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Im Spiegel der Rechtsprechung*. Nomos, Baden-Baden, 2005.

QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

REGIS PRADO, L.: *Bem jurídico-penal e Constituição*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

REGIS PRADO, L.: *Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório*, en: REGIS PRADO, L. (coord.). *Direito Penal Contemporâneo*. Ed. RT, São Paulo, 2007.

RENATO SILVEIRA, R. M.; SCHORSCHER, V.: *A lavagem de dinheiro e o livre exercício da advocacia*. En: *Ciências Penais*. Ed. RT. Año II, vol II, São Paulo. 2005.

REQUE MATA, S.: *¿Puede considerarse el delito fiscal delito previo al delito de blanqueo de capitales?* En AAVV (coords. Abel Souto/Sánchez Stewart) *IIIº Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ROMEO CASABONA, C.M.: *“Informe sobre los intentos de adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico: líneas de investigación y conclusiones”* en AAVV (Coords. ROMEO CASABONA Y SÁNCHEZ LÁZARO) *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada, 2010.

ROMEO CASABONA, C.M.: *Las nuevas tecnologías de la información: un nuevo desafío para el Derecho* – Revista Telos nº 15, 1988.

ROMEO MALANDA, S.: *El nuevo modelo de derecho penal transnacional: el derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa*, Revista de Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXII, 2012.

ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo. I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción del Diego-Manuel Luzón Peña. Civitas, Navarra, 1997.

ROXIN, C.: *El derecho penal todavía existirá dentro de cien años* – encartado en la obra “Dogmática Penal y Política Criminal” cuidadosamente traducida por Manuel Abanto Vásquez. Ed. IDEMSA, Peru, 1998.

ROXIN, C.: *“¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* En AAVV (HEFENDEHL ed.) *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

ROXIN, C.: *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*. Revista Penal nº 2, Ed. Praxis, 1998.

ROXIN, C.: “Sentido y límites de la pena estatal”. en “Problemas básicos del Derecho Penal”, traducción de Diego LUZÓN PEÑA, Ed. Reus, Madrid, 1976.

SALAS CALERO, L.: *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, en AAVV (coords. Gómez Colomer y González Cussac) Terrorismo y proceso penal acusatorio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SÁNCHEZ STEWART, N.: *Abogados y blanqueo de capitales*, en AAVV (coords. Abel Souto/Sánchez Stewart) IIº Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

SÁNCHEZ STEWART, N.: *Abogados y blanqueo de capitales*, en AAVV (coords. Abel Souto/Sánchez Stewart) IIIº Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SÁNCHEZ STEWART, N.: *Las nuevas obligaciones para los operadores jurídicos en la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales de 28 de abril de 2010*, en AAVV (coords. Abel Souto/Sánchez Stewart) IIIº Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SANCHEZ VILARDI, C.: *O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução*. En: Revista Brasileira de ciências criminais. Año 12, Ed. RT, São Paulo, 2004.

SANDRONI, P.: *Dicionário de Economia do século XXI*. 4. ed. Record, Rio de Janeiro, 2008.

SANTIAGO MIR: *Derecho Penal, Parte General*. 9ª Edición, Editorial Reppertor, Barcelona. 2011.

SCHÜNNEMANN, B.: *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. Publicado en HEFENDEHL, R. (edit.) La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.

SEELMANN, K.: *El concepto de bien jurídico, el harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena*. En: HEFENDEHL, R., La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos? Marcial Pons, Madrid, 2007.

SIEBER, U.: “Límites del Derecho Penal. en Revista Penal, nº 22, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *“Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico”*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales*, en AAVV (coords. Abel Souto/Sánchez Stewart) IIº Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Expansión del Derecho Penal y Blanqueo de Capitales*, en AAVV (coords. Abel Souto/Sánchez Stewart) IIIº Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Ed. Civitas, Navarra, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La receptación específica*, en COBO DEL ROSAL (dir.) Comentarios a la legislación penal. Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas) tomo XII, Edersa, Madrid, 1990.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿Una convergencia posible?*, en El Derecho Penal de la Unión Europea, situación actual y perspectivas de futuro. Colección Marino Barbero Santos, Cuenca, 2007.

SINA, P.: *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”*, Front Cover, Helbing & Lichtenhahn, 1962.

SOLER, S.: *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, 1951.

SOUTO DE MOURA, J.: *A criminalidade organizada transnacional – A Cooperação Judiciária e Policial na EU*. Ed. Almedina, Coimbra, 2007.

SOUZA NUCCI, G.: *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. Ed. RT, São Paulo, 2007.

STRATENWERTH, G.: *Derecho penal. Parte general*, t. I., “El hecho punible”, 4ª ed., trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

SZCZARANSKI VARGAS, F.L.: *“Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”*. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales. Vol. 7, Nº 14, Santiago, 2012.

TERRA DE OLIVEIRA, W.: *El delito de blanqueo de capitales en tiempos de crisis*. Publicado en AAVV Financiación del Terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

TERRA DE OLIVEIRA, W.: *Lei de Lavagem de Capitais*, en conjunto con los profesores Luiz Flávio Gómez y Raul Cervini. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *"La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal"*: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1981.

TIEDEMANN, K.: *"Derecho penal económico en el Tratado de la Constitución europea"*, NPP. Buenos Aires, 1975.

TIEDEMANN, K.: *Lecciones de derecho penal económico* (comunitario, español y alemán). Barcelona, Ed. PPU, Barcelona, 1993.

TIGRE MAIA, R.: *"Lavagem" de Dinheiro*. Malheiros, São Paulo, 1999.

TÓRTIMA, F. L.: *Imputação do crime de Lavagem de Capitais ao Autor do Crime Antecedente*. En: BITENCOURT, C. (coord.), *Direito Penal no Terceiro Milênio*. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

VALERA CASTRO, L.: *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales*, (coords. Abel Souto/Sánchez Stewart), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

VERHAGE, A.: *Compliance and AML in Belgium: a booming sector with growing pains*, *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 12, Belgium, 2009.

VERVAELE, J.: *La legislación Antiterrorista en Estados Unidos: un derecho penal del enemigo?* en *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, Editorial Bomarzo, Madrid, 2007.

VERVAELE, J.: *The Europeanization of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration*, en P. Demaret & D. Hanf Editores, Bruselas, 2005.

VERVAELE, J.: *Unión Europea y el cumplimiento de la política comunitaria mediante el derecho penal*. Traducción de la versión inglesa por Núria Torres Rosell. Título original "De Europese Gemeenschap en harmonisatie van der strafrechtelijke handhaving van hete gemeenschapsbeleid." en *Delikte en Delinkwent*, Bruselas, 2006.

VERVAELE, J.: *La legislación Antiterrorista en Estados Unidos: un derecho penal del enemigo?* en *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, Editorial Bomarzo, Madrid, 2007.

VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

VIVES ANTON, T. S.: en VIVES ANTON/BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLES CUSSAC, J. L., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

VIVES ANTÓN, T.: *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo*, en Terrorismo y proceso penal acusatorio, Gómez Colomer/González Cussac, (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

VIVES ANTÓN, T.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coords.): *Comentarios al Código penal de 1995*, T. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

VOGEL, J.: *Cooperación penal: cinco tendencias. Cinco respuestas para una acción futura*, en El Derecho Penal de la Unión Europea, situación actual y perspectivas de futuro. Colección Marino Barbero Santos, Cuenca, 2007.

VOGEL, J.: “*Geldwäsche - ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?*”, en ZStW, n° 2, 1997.

VOGEL, J.: *The European integrated criminal justice system and its constitutional framework*, en Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. n° 2, 2005.

VON HIRSCH, A.: “*El concepto de bien jurídico y el principio del daño*”, Trad.: ALCACER, Rafael, en AAVV (HEFENDEHL dir.) *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*, traducción de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, t. II, 4ª edición, Reus, Madrid, 1999.

VORMBAUM, M.: *El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho Penal Europeo*, en Revista Penal n° 19, 2007.

WITTIG, P.: *Teoría del bien jurídico, harm principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad*. (HEFENDEHL dir.) *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A.: *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZANCHETTI, M.: *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Giuffrè, Milán 1977.

ZARAGOZA-AGUADO, J.: *Tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Implicaciones en el sistema financiero*. En AAVV, *Prevención del blanqueo de origen criminal*. Madrid, 1993.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código penal (Consideraciones generales sobre el título XIII del nuevo Código penal)*. En: ASÚA BATARRITA, A. (ed.), *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998.



